

DERECHO PENAL SEXUAL Y REFORMA LEGAL

Análisis desde una perspectiva político criminal

Manuel Gómez Tomillo

Profesor Titular de Derecho Penal. Universidad de Valladolid

GÓMEZ TOMILLO, Manuel. Derecho penal sexual y reforma legal: Análisis desde una perspectiva político criminal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea). 2005, núm. 07-04, p. 04:1-04:35. Disponible en internet: <http://criminnet.ugr.es/recpc/07/recpc07-04.pdf>
ISSN 1695-0194 [RECPC 07-04 (2005), 21 may]

RESUMEN: Al hilo de la amplia reforma del Código Penal español operada en virtud de la LO 15/2003, en el presente trabajo se abordan los vaivenes legislativos de los delitos sexuales en España. El trabajo abarca tanto un análisis del contenido positivo de las disposiciones legales

sucesivamente vigentes cuanto una exposición y argumentación de las propuestas de política criminal que propone el autor.

PALABRAS CLAVES: delitos sexuales, política criminal, agresión sexual, violación, abuso sexual, exhibicionismo, prostitución, pornografía infantil.

Fecha de recepción: 28 febrero 2005

Fecha aceptación: 28 abril 2005

Fecha de publicación: 21 mayo 2005

SUMARIO: 1- Introducción. 2- Agresiones sexuales. 2.1. Tipo básico. 2.2. Tipos agravados: el delito de violación. 3. Abusos sexuales. 4. Exhibicionismo. 5. Delitos relativos a la prostitución. 5.1. Cuestiones generales: el concepto de prostitución. 5.2. La prostitución de menores de edad o incapaces. 5.3. La prostitución de personas mayores de edad. 5.4. La pornografía de menores o incapaces. 5.4.1. Utilización de menores o incapaces en espectáculos o con fines pornográficos o exhibicionistas. 5.4.2. Producción, intermediación, venta, exhibición y posesión de material pornográfico de menores o incapaces. 5.4.3. Circunstancias especiales agravantes. 5.4.4. La posesión de material pornográfico de menores o incapaces. 5.4.5. Pornografía infantil virtual.

1. Introducción.

El presente trabajo tiene por objeto las reformas que en el llamado Derecho penal sexual han tenido lugar, sobre todo, aunque no exclusivamente, por medio de la LO15/2003 de 25 de noviembre. Nuestro estudio, necesariamente limitado, se ceñirá a los aspectos más relevantes de la nueva configuración de los tipos de las figuras delictivas, así como a aspectos centrales de carácter político criminal, dejando el resto

de cuestiones para otra ocasión. El análisis servirá de cauce para la propuesta de líneas de actuación político criminal en la materia.

Conviene poner de manifiesto como estamos ante una de las partes del Código Penal de 1995 que más han sufrido los vaivenes del legislador. Ya fue objeto de una amplia reforma por medio de la LO 11/1999, de 30 de abril, que tuvo por objeto casi exclusivo esta parte del Código Penal. Posteriormente, fueron retocados con ocasión de la LO 11/2003, de 29 de septiembre de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de extranjeros, ley que afectó al artículo 188 del Código Penal, dentro de los delitos relativos a la prostitución. Por fin, de nuevo, la ya citada LO 15/2003 de 25 de noviembre vuelve a modificar la regulación. Apenas han entrado en vigor tales reformas y, de nuevo, se anuncian nuevos retoques a la legislación penal que, probablemente, vuelvan a afectar a este particular campo.

Ni que decir tiene que en nada contribuye a la seguridad jurídica este continuo goteo de reformas y contrarreformas en un ámbito central del Derecho penal¹. Probablemente el origen de tanto cambio de criterio legislativo en este específico marco encuentre su raíz en el sistema original adoptado en 1995 que pretendió romper con el modelo que venía rigiendo en el anterior Código Penal y que, en definitiva, impone un esquema regulativo muy deficiente, de los peor concebidos a lo largo de todo el código, que probablemente requiera de una reconsideración global y no de sucesivos parches².

2. Agresiones sexuales.

Como es conocido, el artículo 178.1 CP, describe lo que podríamos denominar agresiones sexuales simples; el artículo 179, las agresiones sexuales agravadas que hoy, de nuevo, responden al *nomen iuris* de violación³; y, por fin el artículo 180, describe un catálogo de circunstancias agravantes especiales que pueden operar tanto sobre el tipo básico del artículo 178 como sobre el agravado del 179. El hilo conductor de toda la regulación es la presencia necesariamente de violencia o de intimidación.

2.1. Tipo básico.

Como decíamos, el tipo básico se encuentra descrito en el artículo 178 CP. Pese a que no se trata de un precepto afectado por las reformas penales citadas, probablemente merezca la pena detenernos un mínimo en él ya que constituye una pieza esencial en la

¹ No obstante, justo es reconocer las dificultades que la empresa entraña y que se trata de un mal no exclusivo de nuestro ordenamiento; por el contrario, en sistemas como el alemán se detectan frecuentes cambios legislativos en el mismo ámbito; vid. W. Perron, «El reciente desarrollo de los delitos sexuales en el Derecho penal alemán», *Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial*, 21, Madrid, 1999, especialmente pp. 53-55.

² Especialmente significativa resulta la crítica C. Carmona Salgado, *Comentarios al Código Penal* (M. Cobo del Rosal, -dir.-), T. VI, Madrid, 1999, art. 178, pp. 433 y ss., cuyo punto de vista compartimos; vid., asimismo, J. Oraá González, «Los delitos de lesiones y contra la libertad sexual. Primeras notas críticas», *La Ley*, 27 de mayo de 1996, especialmente p. 7.

³ En cuanto a la polémica sobre el empleo o no de la denominación, vid. la bibliografía proporcionada por A. Asúa Batarrita, «Las agresiones sexuales en el nuevo Código Penal: imágenes culturales y discurso jurídico», *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, Vitoria, 1998, p. 87, n. 80.

estructura legislativa diseñada por el legislador de 1995. Ese carácter central no se ha visto afectado por las sucesivas modificaciones legales. Resulta altamente criticable la regulación legal contenida en este precepto por la enorme ambigüedad con que fue redactado que no permite por sí mismo delimitar con precisión las conductas punibles. Se acude a la cuestionable técnica de introducir una referencia al bien jurídico, cuando la delimitación de éste es una cuestión más bien interpretativa, fruto de un proceso de abstracción, al menos desde una perspectiva immanente al sistema. Piénsese lo que sería un código donde todos los tipos se estructurasen de igual forma: el que atentare contra la ordenación del territorio, el que atentare contra el patrimonio ajeno, etc., todo ello sin proporcionar ulterior información⁴. Pese a ello, se puede proporcionar ciertas pautas intelectivas en torno al contenido potencial de la norma.

Sujeto activo de la conducta puede serlo cualquier persona, sin restricción alguna; puede serlo tanto un hombre como una mujer; del mismo modo, desde el punto de vista del sujeto pasivo, apenas merece la pena destacar que incuestionablemente podría serlo una persona que ejerce la prostitución y a la que se le impone un acto de índole sexual⁵; independientemente de si entre el sujeto activo y la víctima ha habido con anterioridad relaciones de índole sexual, como si no⁶; prescindiendo, por último, de si son marido y mujer o no⁷.

La conducta consiste en atentar contra la libertad sexual de otra persona con violencia o intimidación. No parece preciso en este contexto detenernos en la delimitación, no siempre sencilla, de estos últimos conceptos. En cualquier caso, la presencia de violencia o de intimidación como criterio definitivo para diferenciar las dos figuras delictivas, agresiones sexuales y abusos sexuales, no siempre conduce a resultados punitivos satisfactorios. A título de ejemplo, piénsese en las hipótesis en las que la víctima lo es una niña o niño de muy reducida edad; o en los casos en los que la persona afectada padece una tetraplejia; en ambos casos para tener contacto carnal con ellas no es precisa la presencia de violencia o intimidación. Por consiguiente, los hechos no pueden ser calificados como agresiones sexuales, sino que, por el contrario, procede considerarlos como abusos sexuales. Concretamente, deberían subsumirse los hechos en el artículo 181.2, en relación con el artículo 182.1 CP, agravándose la pena conforme a lo previsto en el apartado 2 de este último artículo, esto es pena de cuatro a diez años, impuesta en su mitad superior (de siete a diez años)⁸. Prescindiendo del debate en torno a si la pena por violación resulta o no proporcionada, resulta cuanto

⁴ La crítica a la técnica legislativa empleada en este precepto trasciende de lo que constituye la doctrina española; así, vid. la significativa opinión de W. Perron, «El reciente desarrollo de los delitos sexuales...», *op. cit.*, p. 64.

⁵ Vid., por ejemplo, STS de 23 de marzo de 1994.

⁶ Vid., por ejemplo, STS 22, abril, 1997.

⁷ Vid. en el último sentido decisivamente STS 7 de noviembre de 1988, desde donde se aprecia un notable incremento de sentencias en esta línea. En alguna sentencia se ha apreciado error de prohibición vencible, en cuanto el nivel cultural del marido le inducía a la creencia de que el débito conyugal excluía la antijuricidad de la conducta (A. Asúa Batarrita, «Las agresiones sexuales...», *op. cit.* p. 91, n. 91). Vid. asimismo, referencias a sentencias en las que se aprecia la atenuante de parentesco en cuanto al no ser un extraño no se vulnera la intimidad de la mujer. (StGB)?.

⁸ Vid. un criterio diferente en C. Lamarca Pérez, *Manual de Derecho penal. Parte especial* 2001, p. 134, quien estima que tales casos son constitutivos de un delito de agresiones sexuales

menos cuestionable que un hecho de tal naturaleza merezca o necesite una sanción penal más reducida, al menos en su límite máximo, que la que corresponde a un delito de violación, donde la pena a imponer sería la de seis a doce años.

La delimitación de la conducta al margen de las anteriores precisiones resulta, como ya hemos señalado, difícil por la ambigüedad de la expresión empleada por el legislador. Sí que se puede señalar que debe tener un cierto significado sexual, pero sus contenidos pueden ser muy diversos.

Desde un punto de vista negativo, en primer lugar, se excluye el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o la introducción de miembros corporales o de objetos por alguna de las dos primeras vías, en la medida en que se trata de supuestos que se encuentran expresamente contempladas en el artículo 179. Del mismo modo, en segundo lugar, la doctrina, mediante una interpretación restrictiva, excluye la obstaculización de actos sexuales ajenos mediante violencia o intimidación⁹.

Desde un punto de vista positivo, en primer lugar, integra la conducta el contacto con zonas sexualmente significativas del cuerpo de la víctima, siendo indiferente que se haga por encima o por debajo de la ropa, de forma activa o pasiva, como ocurre cuando se obliga a la víctima a realizarlos sobre el autor (vid. STS de 18 de abril de 2001). El problema podría plantearse en cuanto a aquellas acciones que no implican tal contacto físico directo. MUÑOZ CONDE exige este último entre sujeto pasivo y activo¹⁰. Sin embargo, no es un requisito que se derive necesariamente del tipo que posee un carácter claramente residual, pretendiendo captar todas aquellas acciones no expresamente contempladas en los números siguientes. Por consiguiente, conductas como obligar a la víctima a desnudarse o a realizar actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo, o sobre el de un tercero, integran la prohibición penal¹¹. Del mismo

⁹ F. Morales Prats; R. García Alberó, *Comentarios al nuevo Código Penal*, Pamplona, 2004, p. 930 que proponen el ejemplo del padre que sorprendiendo a su hijo en el baño masturbándose le impide coactivamente continuar su actividad; para ello acuden al argumento de que tan sólo se protege la vertiente negativa del derecho a la libertad sexual. La misma situación está presente en el supuesto de la persona de moral sexual estricta que interrumpe amenazadoramente los escarceos de una pareja en su coche.

¹⁰ F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, p. 212; F. Morales Prats; R. García Alberó, *Comentarios...*, op. cit., p. 930, si bien posteriormente sostienen que actos como obligar al sujeto pasivo a realizar actos de manipulación sexual sobre su propio cuerpo serían típicos. En la jurisprudencia, la STS de 24 de junio de 2002 expresamente parece acogerse el punto de vista de Muñoz Conde, al requerir «contacto corporal o tocamiento impúdico aunque sea elemental o breve». No obstante, también en el ATS de 4 de marzo de 1998, se admitió que obligar a la víctima a realizar tocamientos sobre sí mismo incidía en la descripción legal.

¹¹ Se trata de una opinión ya ampliamente difundida en la doctrina, vid., por ejemplo, A. Asúa Batarrita, «Las agresiones sexuales ...», op. cit., p. 83; E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*, Valencia, 2001, pp. 58-9; M. Cancio Meliá, *Comentarios al Código Penal* (G. Rodríguez Mourullo –dir.–), Madrid, 1997, p. 519; A. Calderón; J.A. Choclán, *Código Penal comentado*, 2004, p. 388; E. Octavio de Toledo, «Razones y sinrazones de una reforma anunciada», *La Ley*, 30 de junio de 1997, p. 2; C. Carmona Salgado, *Comentarios al Código Penal...*, op. cit., p. 449, con una razonada explicación basada en la evolución histórica de la jurisprudencia del Tribunal Supremo en el viejo delito de abusos deshonestos; J.M. Tamarit Sumalla (*La protección penal del menor frente al abuso y explotación sexual*, 2000, p. 72) para quien tampoco el delito de abuso sexual exige el contacto físico entre el autor y la víctima; sin embargo estima que obligar a la víctima a un acceso carnal con un tercero no podría incardinarse en los artículos 182 ó 183.2, con consideraciones basadas en el principio de proporcionalidad; una posición diferenciada mantiene E. Octavio de Toledo y Ubieto que basándose en la diferente redacción que presentan agresiones y abusos sexuales, sostiene que en aquellas no es preciso el contacto físico, mientras que en éstos sí; «Razones y sin razones para una reforma anunciada», *La Ley* 4, 1997, p. 1144.

modo hay que incluir, el obligar a otro a sufrir un acto de exhibicionismo, bajo intimidación o violencia¹². El artículo 185 no incluye estos últimos elementos como parte del tipo; en consecuencia, es dudoso que actos como los expuestos no puedan ser conducidos al marco del 178 que prevé una pena más grave y que permite captar el desvalor procedente de tales actos violentos o intimidatorios¹³. Por último, probablemente deban estimarse incluidos en este ámbito todo tipo de relaciones sexuales donde tanto el sujeto activo, como el pasivo lo sean mujeres, en cuanto las mismas no pueden encontrarse captadas por el artículo 179 que exige acceso carnal; obviamente con exclusión de las hipótesis de introducción de objetos o miembros corporales, donde tanto el agente como la víctima pueden ser simultáneamente de sexo femenino.

Desde el punto de vista subjetivo, resulta incuestionable que los hechos deben ser dolosos. Más complejo resulta determinar si es preciso que concurra algún ulterior elemento subjetivo de lo injusto. Así, el calificativo sexual que debe acompañar al comportamiento determina que normalmente se exija un ánimo lascivo, lúbrico para determinar cuándo el comportamiento posee tal nota sexual o no¹⁴. Sin embargo, entendemos que debe descartarse la exigencia de tales ánimos o voluntades diferenciadas del dolo, no expresamente contempladas en la Ley, al menos por tres razones. En primer lugar, en la medida en que requerir un ánimo o tendencia subjetivo diferenciado del dolo implica introducir elementos típicos por parte del intérprete que sustituye de esta manera las funciones del legislador. En segundo lugar, por cuanto de lo contrario se atendería exclusivamente al punto de vista del autor, y se deja de considerar la perspectiva de la víctima, quien no siempre puede conocer la presencia o ausencia de intencionalidad sexual en la acción agresora y que ve objetivamente invadida su esfera sexual. Por fin, no puede pasarse por alto los problemas probatorios que se encuentran vinculados a los elementos subjetivos. Lo que importa, en definitiva, es que se trate objetivamente de una utilización degradante de la víctima, en el sentido descrito, independientemente de que el autor se excite sexualmente o no, pretenda o no satisfacer su instinto, o simplemente se persiga degradar, humillar a la víctima¹⁵. Desde el

¹² A. Asúa Batarrita, «Las agresiones sexuales...», *op. cit.*, y la bibliografía por ella citada, p. 83, n. 68

¹³ Si se trataran esos casos en el ámbito de las coacciones como proponen F. Morales Prats; R. García Albero, (*Comentarios...*, *op. cit.*, p. 931), se daría la paradoja de que se estaría tratando más benévolutamente los casos de exhibicionismo con violencia que tuviesen como sujeto pasivo a un menor o incapaz (a los que se aplicaría la pena prevista en el delito del artículo 172) que los casos en los que tal violencia no tiene lugar (donde habría que considerar la sanción establecida en el artículo 185, más reducida). Probablemente lo mismo se pueda decir cuando el desvalor de acción implique un comportamiento intimidatorio. Estimamos, asimismo, que no puede ser válido el argumento de estos autores conforme al cual debe excluirse estos supuestos del contexto del artículo 178 en la medida en que este precepto está orientado a proteger la dimensión negativa de la libertad sexual. Precisamente en los casos que analizamos se encuentra en juego la facultad individual de no verse involucrada en un comportamiento sexual sin su consentimiento.

¹⁴ Por todos, vid. E. Orts Berenguer; C. Suárez-Mira Rodríguez, *Los delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, pp. 59 y ss. y especialmente p. 63. Críticamente vid. F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, *op. cit.*, p. 202. En la jurisprudencia se ha venido exigiendo expresamente el ánimo lascivo, así, vid., por ejemplo, las SSTS de 24 de marzo de 1997, donde hace residir la diferencia con la coacción, injuria o vejación de carácter leve en ese dato subjetivo, si bien en relación con el delito de abuso sexual; 22 de julio de 2002 donde expresamente se requiere el ánimo lascivo; 24 de junio de 2002; pero es posible también detectar sentencias que descartan tal exigencia: así, vid. en este último sentido, las SSTS de 6-2-1995; de 9 de julio de 1999.

¹⁵ Así, ya C. Carmona Salgado, *Los delitos de abusos deshonestos* Barcelona, 1981, p. 169; posteriormente, C. Carmona Salgado, *Comentarios al Código Penal* *op. cit.*, pp. 454 y ss.; F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte*

punto de vista del Derecho penal, lo trascendente debería ser la significación sexual objetiva del hecho y no la representación, sentimiento o tendencia del autor. La polémica no es estéril y de la misma dependerá la calificación, por ejemplo, de la introducción de objetos por vía anal practicada entre sujetos de igual sexo y de tendencia heterosexual como cruel novatada. O quien con la intención de humillar a otro le obliga a mantener un contacto lúbrico con animales, sin experimentar por ello el más mínimo estímulo sexual.

2.2. Tipos agravados: el delito de violación.

El artículo 179 CP describe el delito de violación, como modalidad agravada del delito de agresión sexual, cuando ésta consista en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales, por alguna de las dos primeras vías. Es conocido como en la reciente reforma operada por medio de la LO 15/2003, de 25 de noviembre se modifica la redacción anterior, al disponer que la introducción de «miembros corporales» por vía vaginal o anal incide en la descripción legal. Tal modificación se realiza esencialmente en la medida en que con anterioridad no estaba claro si la penetración digital o lingual por las vías citadas debía estimarse como violación o no, por cuanto para calificarlo como tal era preciso entender que, por ejemplo, los dedos constituían un «objeto». La jurisprudencia del Tribunal Supremo, entiendo que con buen criterio, había sostenido que tales supuestos no constituían delito de violación, en la medida en que un objeto tenía que serlo necesariamente algo inerte (vid. SSTs de 14 de febrero de 1994; y, sobre todo, 23 de marzo de 1999; 1 de julio de 2002, la cual se refería a una hipótesis de penetración lingual), lo que generó inmediatamente la correspondiente polémica periodística¹⁶. La reforma tiende a superar tal cuestión¹⁷.

De la nueva redacción parece, asimismo, seguirse como consecuencia inevitable la calificación del denominado beso erótico, esto es, la introducción no consentida de la lengua en la boca ajena, como falta de coacción o vejación injusta fuera, pues, del ámbito de los delitos sexuales. Se trata, no obstante, de una conclusión que frecuentemente tanto la doctrina como algunas resoluciones jurisprudenciales venían sosteniendo, sobre la base de la nimiedad de tales conductas, si bien, no constituía una opinión por completo pacífica¹⁸.

especial, 1999, *op. cit.*, p. 204; M. Cancio Meliá, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 520; A. Asúa Batarrita, «Las agresiones sexuales ...», *op. cit.*, p. 84, con ulteriores referencias en ambos sentidos. Ese mismo elemento se exige, por ejemplo, en los delitos de exhibicionismo, y por las mismas razones no compartimos el planteamiento: vid. *infra*.

¹⁶ Pese a ello, algún sector doctrinal venía sosteniendo que tal hecho por sí mismo debía ser calificado como violación: vid. Muñoz Conde; vid., también, F. Morales Prats; R. García Alberó; en el sentido del texto, vid. M. Cancio Meliá, *Comentarios...*, *op. cit.* pp. 524-5.

¹⁷ Incluso se llegó a decir que el Código profesaba una cierta concepción fálica, en cuanto el órgano sexual masculino seguía detentando un papel de referencia en la regulación positiva; así, mientras que una felación de una mujer a un hombre constituiría un delito de agresiones sexuales agravadas del artículo 179, un supuesto de cunnilingus lo sería tan sólo de agresiones sexuales básicas del delito del artículo 178 (A. Asúa Batarrita, «Las agresiones sexuales ...», *op. cit.*, n. 96).

¹⁸ C. Carmona Salgado, *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, p. 452, apoyada en la vieja jurisprudencia del TS; más recientemente la STS de 14 de febrero de 2000, en la que el acusado aprovechando la ocasión brindada

Por otra parte, la reforma, sin embargo, no ha considerado la opinión de un importante sector doctrinal que se venía manifestando en contra de la equiparación punitiva de la violación con el pene o con el dedo u otro miembro corporal. Con mucha razón pone de manifiesto, entre otros, GIMBERNAT ORDEIG que no deberían equipararse punitivamente los supuestos citados en la medida en que en los últimos casos no existe la posibilidad de que la víctima se quede embarazada ni que se contagien enfermedades de transmisión sexual¹⁹.

Con independencia de las cuestiones citadas, debemos examinar sucintamente el resto de elementos del tipo objetivo. Pese a ser cuestiones generalmente conocidas, la exposición nos servirá para enlazar con otros aspectos más controvertidos.

Así, sujeto activo puede serlo tanto un hombre como una mujer. Sin embargo, es preciso matizar en función de las diferentes modalidades comisivas. En relación con el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, debe estar presente necesariamente un hombre, como se desprende de la expresión empleada por el legislador «acceso carnal»²⁰. Sin embargo, no se puede decir lo mismo en cuanto a la modalidad consistente en «introducción de objetos» o de «miembros corporales» por vía anal o vaginal. En este caso pueden intervenir como sujetos activos y pasivos tanto un hombre como una mujer, sin que tenga sentido exigir que en una u otra posición se encuentre un hombre, o lo que es lo mismo, cabe apreciarlo cuando se trate de una acción en la que intervienen con exclusividad mujeres.

La acción típica consiste en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos, o miembros corporales, por alguna de las dos primeras vías. En cuanto al acceso carnal por las vías vaginal, anal o bucal abarca tanto el coito heterosexual, como la penetración anal o bucal sean éstas homosexuales o heterosexuales. Por su parte, la introducción de objetos o miembros corporales tan sólo puede realizarse por vía anal o vaginal. En cuanto a esto último, es conocido como fue preciso en la reforma de 1999 la rectificación del legislador que en la redacción original del código no especificaba las vías por las que era posible la realización del tipo, lo que generó la justificada crítica doctrinal²¹ ya que la introducción de objetos por vía bucal carecía de

por un beso en la mejilla consentido, de modo repentino dio otro en la boca introduciendo la lengua, mientras tocaba las nalgas, separándose inmediatamente después, donde calificó los hechos como falta de vejaciones injustas y no como abusos sexuales (vid., al respecto, la información que proporciona J. Barja de Quiroga, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 467+).

¹⁹ E. Gimbernat Ordeig, «Los nuevos gestores de la moral colectiva», *El Mundo*, 10 de julio de 2004, p. 5; ya con anterioridad en el mismo sentido se había manifestado el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Código Penal de 1992, CPC 48, 1992, p. 241 que recoge la opinión de Muñoz Conde; vid., asimismo, en el mismo sentido W. Perron, «El reciente desarrollo de los delitos sexuales...», op. cit., p. 65.

²⁰ Este punto de vista no es compartido por la totalidad de la doctrina. Muñoz Conde ha indicado que la ambigüedad de la expresión permite captar también determinadas hipótesis de relaciones entre mujeres, siempre que haya contacto entre sus órganos genitales. Sin embargo, con posterioridad, indica que valorativamente no es tan grave este comportamiento como el consistente en penetración por parte de un hombre a una mujer, como tampoco lo son las hipótesis en las que se hace penetrar una mujer por un hombre. De ahí deduce que tales supuestos deben trasladarse al artículo 178 (1999, pp. 206-7). Ya lo sostenía con la normativa anterior a 1999 (F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1996, op. cit., p. 187). En contra entonces, C. Carmona Salgado, *Curso de Derecho penal español. Parte especial*, Madrid, 1996, p. 309; E. Orts, +1996, p. 197, aunque pueda ser más adecuado desde el punto de vista del principio de igualdad.

²¹ Id. C. Carmona Salgado, p. 310.

igual contenido desvalorativo que la acción ejecutada por el resto de las vías, por mucho ánimo libidinoso que acompañase a tal acción.

Al margen, de los contenidos típicos descritos, algunas hipótesis siguen sin estar bien resueltas. Nos referimos, por ejemplo, a los casos en los que la víctima es obligada con violencia o intimidación a mantener contacto sexual con animales. La redacción legal impide tratar tales supuestos en el ámbito de la forma más grave de ataque a la autodeterminación sexual, cual es la violación. En efecto, en tales supuestos, es dudoso que se pueda sostener que ha habido «acceso carnal» en la medida en que la redacción sugiere que la Ley está pensando en los casos en los que el autor del delito y quien lleva a cabo el comportamiento con contenido sexual son coincidentes. Tampoco cabe recurrir a la introducción de objetos, si se mantiene la línea jurisprudencial, y doctrinal, que requiere el carácter inanimado de aquél. Pese a ello, se trata incuestionablemente de hipótesis que merecen una censura penal, cuanto menos, próxima a la de los casos captados por el artículo 179, con independencia de cómo puedan cursar los hechos en el caso concreto, y no permanecer en el marco de los abusos sexuales del artículo 178²².

Una vía que evitaría las indeseables consecuencias punitivas en los casos descritos podría ser estimar presente un concurso de delitos por medio del artículo 177 del Código Penal en el ámbito de los delitos contra la integridad moral. El citado precepto dispone que «Si en los delitos descritos en los artículos precedentes, además del atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley». Para ello se debería considerar que los hechos presentan un carácter tan censurable que desbordan el marco del mero ataque a la autodeterminación sexual de la víctima, para incidir directamente en otro ámbito, cual es el de la protección directa de la dignidad de la persona. Desde esta perspectiva, se consiguen resultados punitivos, no completamente

²² Quizá pueda ser discutible si en determinadas hipótesis en las que exista contacto entre los órganos sexuales de la víctima y del animal puede afirmarse la existencia de acceso carnal. Entendemos que no por los argumentos expuestos en el texto. No obstante, aun cuando se admitiera tal conclusión permanecería una situación conflictiva en los casos en los que ese contacto susceptible de ser calificado como acceso carnal no hubiese llegado a producirse. Desde nuestra perspectiva, la censura penal que merecen los hechos seguiría siendo superior a la que se desprende de la aplicación del tipo básico de la agresión sexual contenido en el artículo 178 del Código Penal, que tan sólo prevé, como máximo, una pena de cuatro años de prisión. Ni siquiera sería posible aplicar la circunstancia agravante especial del artículo 180.1, ya que esta última se refiere a los casos en los que la «violencia o intimidación revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio», no a los casos en los que el hecho con contenido sexual reúna esas características; puede que en el caso concreto la violencia o la intimidación no hayan desbordado el marco de lo que se puede considerar normal en hechos de estas características. E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira han sostenido, sin embargo, que la referencia típica a la introducción de objetos podría captar también los casos de «introducción de una parte de un animal o de un animal entero» (*Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 100); tal criterio, aunque, desde luego, muy atendible desde la perspectiva de la justicia, no se compagina con los criterios jurisprudenciales, que anteriormente hemos aceptado, conforme a los cuales los objetos se caracterizan por ser algo inerte, desbordando probablemente el marco infranqueable del principio de legalidad. Ubica en las agresiones sexuales del artículo 178 las hipótesis descritas C. Carmona Salgado, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., p. 450; vid., sin embargo, como el Informe de la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Título VIII del Libro Segundo del Código Penal, ésta se manifestaba a favor de incluirla dentro de los abusos sexuales del artículo 178.

satisfactorios, pero, al menos, sí más razonables. Sin embargo, para ello se deberían superarse múltiples obstáculos.

En primer lugar, el alcance del artículo 177 del Código Penal que concluye con la cláusula «excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la Ley». Entiendo que no es el caso, en la medida en que hemos desechado la aplicación de la circunstancia especial agravante a la que alude el artículo 180.1^a ya que esta última se refiere a los casos en los que la «violencia o intimidación revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio», no a los supuestos en los que el hecho con contenido sexual reúna esas características. En consecuencia, no puede decir que la Ley haya contemplado de forma específica las especiales circunstancias degradantes del hecho.

En segundo lugar, la solución presenta problemas si se consideran determinadas perspectivas relativas al bien jurídico tutelado en los delitos contra la integridad moral, conforme a las cuales es la dignidad de la persona el objeto de protección²³. Resulta, sin embargo, que esta última «constituye el fundamento último de todos los derechos fundamentales y del mismo sistema constitucional. En este sentido también constituye un ataque a la dignidad cualquier homicidio, agresión sexual o calumnia...»²⁴. Por consiguiente, la coincidencia de bienes jurídicos debería cerrar el paso, en abstracto, al concurso de delitos. Pese a todo, la estricta perspectiva apuntada vaciaría de contenido al artículo 177.

Por último, se debe solucionar a qué clase de concurso se refiere el citado artículo 177. La literalidad de la norma, aunque de forma no completamente inequívoca, parece orientarse a la idea de que se trata de un concurso real de delitos, al que se le aplicaría la regla del artículo 73 del Código Penal (el artículo 177 dispone que «se castigarán los hechos separadamente con la pena que les corresponda por los delitos o faltas cometidos»). Sin embargo, en el caso que nos ocupa resulta obvio que no se trata de hechos diferentes, sino de uno solo que simultáneamente podría constituir varios delitos.

En definitiva, el problema reside en que el artículo 177 implica la criticable creación *ex lege* de un concurso de delitos, con reglas especiales de determinación de la pena, tarea que corresponde al intérprete, no al legislador. La solución, pues, debería pasar por una reforma legal que contemplase las graves hipótesis descritas, no por complicadas operaciones interpretativas, forzadas por importantes defectos legislativos.

3. Abusos sexuales.

Los abusos sexuales se encuentran regulados en los artículos 181, 182 y 183, Capítulo II, del Título VIII del Código Penal. Su regulación resulta compleja y llena de decisiones problemáticas, por lo que se trata de uno de los capítulos menos afortunados

²³ Vid. M. Alonso Alamo, «Aproximación al bien jurídico protegido en los delitos contra el honor», *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del profesor José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001, pp. 914 y 917; por motivos obvios no entramos en el desarrollo de esa idea, como tampoco en la delimitación del concepto legal de integridad moral, que probablemente no sea del todo afortunado; al respecto, id. M. Alonso Alamo, p. 915, n. 20.

²⁴ J.C. Carbonell Mateu; J.L. González Cussac, *Comentarios al Código Penal de 1995 I*, Valencia, 1996, p. 894; en esta misma línea, vid. M. Alonso Alamo, *loc. cit.*, *passim*, donde desarrolla el punto de vista expuesto.

del Código Penal. Es conocido como la característica común a todos ellos es la ausencia de violencia o de intimidación y de consentimiento. La diferencia con las agresiones sexuales no radica, pues, en la naturaleza de los hechos de índole sexual llevados a cabo que pueden ser los mismos, sino en el elemento citado. No podemos detenernos en todos los detalles de la materia, en la medida en que se encuentra afectada por la reforma tan sólo puntualmente. No obstante, podemos realizar alguna consideración circunstancial.

Entre las hipótesis de abusos sexuales se encuentran aquellos en los que la víctima es menor de trece años, donde la Ley, en el artículo 181.2, parece presumir *iuris et de iure* la imposibilidad de que éstos presten un consentimiento válido, con independencia de si el desarrollo psicológico del menor permite sostener que posee madurez suficiente para consentir libremente el contacto sexual²⁵. En las hipótesis en las que el agente mantiene relaciones sexuales con un menor de trece años con una amplia experiencia previa, alguna sentencia de tribunales de instancia ha considerado ese factor como suficiente para excluir la responsabilidad del sujeto activo. Ciertamente, como es sabido, no todo hecho subsumible formalmente en el tipo es automáticamente relevante para el Derecho penal. Se requiere que la acción sea peligrosa para el bien jurídico protegido y comprendida dentro del ámbito de prohibición de la norma. Tal construcción sólo admite la excepción de los delitos de peligro abstracto puro. En consecuencia, se trata de determinar si estamos o no ante un fenómeno de estas características o no. Si se acepta que el delito de abusos sexuales es un delito de peligro abstracto puro, la conclusión es que basta la mera contraposición del comportamiento con la norma para que se afirme la tipicidad del comportamiento. En esta clase de delitos, el peligro para el bien jurídico protegido sería tan sólo el motivo que ha llevado al legislador a regular la materia, no se requiere que en el caso concreto haya efectivamente existido el mismo; ni siquiera se exigiría la aptitud de la conducta para causar la lesión. Desde nuestra perspectiva, esa parece ser la voluntad de la Ley: cerrar el paso a las relaciones sexuales de los menores de trece años, en todo caso, primando, en consecuencia, el valor seguridad jurídica.

Con independencia de lo expresado, es posible distinguir tres subgrupos de conductas punibles: el artículo 181, que se refiere a atentados a la libertad sexual o indemnidad sexual; el artículo 182 orientado a los abusos sexuales que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos o miembros corporales por las dos primeras vías; y el artículo 183 que capta los abusos sexuales cuando intervenga engaño, con independencia de si éste consiste en el acceso carnal o en otro atentado a la libertad sexual.

²⁵ Críticamente F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, *op. cit.*, p. 212.

Con respecto a la compatibilidad entre esta hipótesis y la circunstancia agravante del artículo 180.3, aplicable en virtud del artículo 182.2 CP, afirma el TS que «Siendo preciso armonizar la exigencia de aplicación del principio general *non bis in idem* y la previsión agravatoria del art. 182.2 CP 1995 (LA LEY-LEG. 3996/1995) de la versión originaria del Código, se ha entendido que sólo en aquellos casos en que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación, no cabe esta última» (STS 9 Feb. 2004 Ponente: Sr. Saavedra Ruiz).

1.- El artículo 181.1 castiga al que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona. En cuanto a la referencia legal al ataque a la libertad sexual de otro, es válido todo lo dicho anteriormente, al examinar el tipo básico del delito de agresiones sexuales del artículo 178; mientras que la alusión a la *indemnidad sexual* de otro, se entiende aplicable a los supuestos en los que la víctima es un menor o un incapaz. En general, la acción típica se circunscribe sobre todo a los contactos físicos sobre zonas del cuerpo ajeno sexualmente significativas, sin que se pueda afirmar que los tocamientos constituyen una exigencia legal, de forma que cualquier ataque a la libertad o indemnidad sexual ajenas con independencia de si existe o no el contacto físico determina la tipicidad de la conducta²⁶.

Desde nuestra perspectiva, los defectos de la regulación legal son, como mínimo, dos. En primer lugar, la introducción del bien jurídico en la descripción típica, en un afán de captar toda hipótesis imaginable, a costa de perder la nitidez del perfil típico y de abarcar más supuestos de los que políticocriminalmente se pueden estimar merecedores o necesitados de pena. En segundo lugar, e íntimamente ligado a lo anterior, la necesidad de excluir el contacto físico como exigencia típica. Son múltiples los ejemplos que pueden ilustrar lo afirmado.

Así, apenas puede dudarse de que el tipo capta, entre otros, los actos proditorios o sorpresivos; nos referimos a los casos de contacto físico no consentido sobre zonas sexualmente significativas efectuados de tal forma que a la víctima no le da tiempo a articular respuesta alguna, a reaccionar impidiendo el ataque, por ejemplo, en lugares de alta aglomeración, como pueden ser los transportes o los espectáculos públicos²⁷. No se puede cuestionar que el hecho descrito implicaría un ataque a la libertad sexual de otro, a su derecho a excluirse de un contacto con la sexualidad. Sin embargo, parece excesiva la sanción establecida al respecto en el artículo 181.1, si se considera que la pena (prevista es de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses).

Del mismo modo, literalmente no hay problema para entender captados supuestos como aquellos en los que sorpresivamente se realiza frente a otro un acto de exhibicionismo, en cuanto, no mediando violencia o intimidación, implican atacar la libertad sexual de otra persona, en concreto su derecho a la distancia, o su indemnidad sexual, sobre todo cuando es una persona todavía en formación como puede ser alguien menor de dieciocho años. Sin embargo, éstos son casos castigados expresamente cuando la víctima sea menor de dieciséis años en el artículo 185, con una pena más reducida que la aquí prevista. Lo que carecería de sentido sería sancionar más gravemente los casos

²⁶ No obstante, vid. supra posiciones discrepantes en relación con lo expuesto en el texto, especialmente E. Octavio de Toledo y Ubieto que basándose en la diferente redacción que presentan agresiones y abusos sexuales, sostiene que en aquéllas no es preciso el contacto físico, mientras que en éstos sí; «Razones y sin razones para una reforma anunciada», *op. cit.*, 1997, p. 1144.

²⁷ F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 947. En la jurisprudencia, vid. STS de 20 de marzo de 1998: donde el acusado, abrazó por detrás a la víctima «dándole besos en el cuello y tocándola (sic.) los pechos y glúteos»; o la STS de 12 de mayo de 1999, donde el acusado inesperadamente dirigió su mano a los genitales de la víctima, agarrándole de dicha parte durante unos instantes.

de exhibicionismo cuando la víctima es mayor de dieciséis años que cuando es menor de tal edad. En consecuencia, debería concluirse que tales comportamientos permanecen impunes, lo que no oculta las deficiencias de la regulación.

Por último, como señalábamos anteriormente, el contacto físico no puede considerarse como una exigencia del tipo, aun cuando el grueso de comportamientos relevantes sea precisamente los así caracterizados. Son imaginables una amplia pluralidad de conductas que pueden incidir en el tipo, pese a la ausencia de tocamiento alguno: desnudar a la víctima inconsciente; observar de forma desapercibida su desnudez. Nuevamente debe dudarse de la conveniencia político criminal de sancionar con una pena algunos de los ejemplos propuestos; espiar puede ser altamente censurable desde la perspectiva moral, pero resulta un exceso acudir al Derecho penal para reprimir tales comportamientos.

2.- El artículo 182 contiene el segundo grupo de conductas incriminadas, con carácter agravatorio. En este caso la acción debe consistir en el acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos o miembros corporales por cualquiera de las dos primeras vías citadas. La única novedad significativa acaecida con ocasión de la reforma en relación con los abusos sexuales se refiere precisamente a los casos en los que la acción consiste en la introducción de miembros corporales por las vías legalmente especificadas, donde las reflexiones anteriores efectuadas en relación con el artículo 179 serían válidas aquí²⁸.

3.- Por fin, el tercer grupo de conductas están contenidas en el artículo 183 y poseen un carácter atenuatorio. Se caracterizan por la presencia de engaño, incrementándose la pena si la acción consiste en obtener acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de objetos o miembros corporales por cualquiera de las dos primeras vías. En cuanto al engaño, sólo puede venir en consideración cuando el sujeto pasivo se encuentre comprendido entre los trece y los dieciséis años. Tradicionalmente la jurisprudencia venía reconduciendo al viejo estupro por engaño, de alguna forma paralelo a ésta figura de delito, la falsa promesa de matrimonio, de alguna manera para forzar al matrimonio²⁹. Sin embargo, nada impide traer aquí cualquier medio fraudulento que determine un consentimiento viciado para la obtención de favores de naturaleza sexual³⁰. El problema es si puede considerarse en este marco supuestos como el ocul-

²⁸ Probablemente debería tratarse en este contexto el siguiente caso: dos sujetos violan a una mujer, empleando violencia para ello; consumado el delito aparece en escena un tercer sujeto que aprovechando el estado de pasividad de la mujer tras los anteriores hechos y sin llevar a cabo acto violento alguno, perpetra un nuevo yacimiento; el BGH en esa ocasión rechazó calificar los hechos como coautoría sucesiva de un delito de violación, considerándolo bajo el § 179 StGB, esto es, abuso sexual de una persona incapaz de oponerse (C. Roxin, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1994, p. 594). En nuestro Derecho, como se desprende de lo que exponemos a continuación, probablemente lo procedente hubiese sido estimar presente un delito de abuso sexual agravado del artículo 182.1; un criterio diferente vid. en C. Lamarca Pérez, *Manual de Derecho penal...*, op. cit., p. 134. En general, sobre estos problemas permítasenos remitirnos a nuestro trabajo, «Sobre la denominada coautoría sucesiva en los delitos dolosos. Tratamiento jurídico penal de la complicidad sucesiva», *Revista de Derecho Penal y Criminología* 10, UNED, 2002, pp. 73 y ss.

²⁹ F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, op. cit., p. 216; el incumplimiento de tal promesa no determina la presencia del delito, vid. F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, op. cit. p. 953.

³⁰ Id. Muñoz Conde. E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira se refieren a la posibilidad de engañar asegurando no padecer el SIDA (*Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 137); vid., asimismo, SAP de 27 de enero de 1997 de

tamiento de la condición de casado, o la falsa manifestación de la condición de soltero, aun cuando es dudoso que pueda estimarse engaño suficiente. En general, la doctrina, con razón, se manifiesta críticamente en relación con este tipo³¹ y entiende que se trata de un supuesto con escasa autonomía que debería haberse tratado dentro de los abusos sexuales con prevalimiento de superioridad³² del artículo 181.3. El legislador, pues, ha perdido una buena ocasión para corregir el errático rumbo legal.

4. Exhibicionismo.

Una reflexión autónoma merecen los delitos contenidos en el Capítulo IV del Título VIII, modificados en noviembre de 2003, tan sólo en lo que a la pena respecta, pero que permanecen inalterados en cuanto a la configuración típica, desaprovechándose, una vez más, la posibilidad de regular de forma razonable la materia.

El artículo 185.1 dispone que «El que ejecutare o hiciere ejecutar a otros actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces, será castigado con la pena de seis meses a un año o multa de doce a veinticuatro meses»³³. Qué hay que entender por actos de exhibición obscena es algo que hay que delimitar conforme a los parámetros culturales vigentes en cada momento. En cualquier caso, parece claro que aquéllos deben tener un cierto contenido sexual que en ningún caso deben llegar al contacto físico porque entonces entraríamos en el ámbito de los abusos sexuales. La conducta más frecuente conforme a la experiencia jurisprudencial parece ser la exhibición de los órganos sexuales, pudiendo consistir, por ejemplo, también en la realización del acto sexual, supuesto en el que cada uno de los intervinientes debería ser calificado como autor; se trataría exactamente de una hipótesis de pluriautoría, más que de coautoría en la medida en que cada uno de los sujetos lleva a cabo íntegramente la conducta típica.

Tales actos han de realizarse ante menores de edad o incapaces. Parece claro que la conducta debe ser no consentida, en la medida en que carecería de sentido que el Derecho penal deje impunes las relaciones sexuales consentidas de los mayores de trece años y los menores de dieciocho y, sin embargo, sancione los actos de exhibición delante de éstos con su consentimiento³⁴. No obstante, permanece la duda en los casos en los que el sujeto pasivo es un menor de esa de edad o un incapaz, sobre todo si se

Santa Cruz de Tenerife, donde el sujeto activo oculta su condición de travesti, creyendo el menor que estaba con una mujer (La Ley, 1997, 2240), si bien la sentencia fue absolutoria.

³¹ Vid. F. F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, op. cit., p. 898.

³² Vid. C. Carmona Salgado, *Curso...*, op. cit., p. 327.

³³ La expresión «hacer ejecutar» que utiliza la Ley resulta prácticamente superflua. En lo que se refiere al que ejecuta se está haciendo referencia a la autoría inmediata individual. Pero cuando se habla de «hacer ejecutar» caben dos alternativas. A) Si a quien se hace ejecutar es una persona responsable de sus actos, estamos en presencia de inducción, penada con la misma pena que la autoría. El único efecto que tiene el precepto es excluir al inductor del ámbito de la accesoriedad. B) A quien se hace ejecutar no resulta responsable de sus actos. En este último caso una intelección amplia de la posibilidad de autoría mediata llevaría consigo el mismo efecto. Teniendo en cuenta la amplitud de la descripción legal, nada se opone a estimar que no estamos ante un delito de propia mano. Todo ello partiendo del principio de responsabilidad como criterio orientador de la autoría mediata. En cualquier caso, quizá tenga sentido acoger expresamente el supuesto en la Ley para cerrar el paso a intelecciones que excluyan la autoría mediata del ámbito de aplicación del tipo.

³⁴ Vid., por ejemplo, E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 184.

considera que el bien jurídico protegido es la indemnidad o intangibilidad sexual de aquéllos. Cabría la posibilidad de llegar a una solución diferenciada en este último grupo de casos, frente al anterior, sancionando uno (cuando el sujeto pasivo es menor de edad o incapaz y consiente) y no otro (cuando el sujeto pasivo es mayor de trece años y consiente). En cualquier caso, estamos ante una disyuntiva que se debería solucionar expresamente en la Ley, probablemente armonizando la edad establecida en este delito y la dispuesta para mantener relaciones sexuales libres de sanción penal.

En cuanto a la referencia a los menores de edad o incapaces implica, evidentemente, que si no están presentes no existe delito. En consecuencia, actos tales como el coito público, por ejemplo, en horas nocturnas, ausentes aquéllos, resulta impune. De esta manera, se ha alterado el régimen anteriormente vigente con el código de 1973, donde se distinguía entre menores y mayores de dieciséis años, castigándose atenuadamente en este último caso, siempre que mediara denuncia. Aun cuando este sistema pretendió ser recuperado, con matices, en las diversas reformas, sin embargo no llegó a cuajar en las discusiones parlamentarias, donde se optó por mantener la regulación tal y como estaba tras la aprobación del código de 1995. De esta manera, queda imperfectamente garantizado el derecho a la distancia, como manifestación del concepto más amplio de autodeterminación sexual³⁵. Obviamente, lo que propugnamos es la sanción de los hechos cuando acaezcan de forma dolosa, no meramente culposa (como en los supuestos en los que los padres o novios realizan el acto sexual en presencia de un menor que no detectan, supuesto actualmente impune y que debe permanecer así), introduciendo la exigencia de denuncia en el caso de que la víctima sea mayor de edad³⁶. En la regulación postulada, sería deseable la inclusión expresa del elemento subjetivo de lo injusto del ánimo lascivo que cierre el paso a interpretaciones amplias de la norma que permitan la sanción de hechos como tomar el sol desnudo en la playa, etc.

Desde la perspectiva del tipo subjetivo, el dolo debe extenderse a estos aspectos, es decir, se debe conocer que la persona ante la que se realiza los actos citados es menor de edad o incapaz; en caso contrario, se trataría de un error de tipo que determinaría la impunidad de los hechos. Asimismo, es frecuente que se exija un ánimo o tendencia lasciva en el autor, pues de lo contrario, se corre el riesgo de penalizar determinadas hipótesis, como el nudismo en playas o plazas públicas³⁷. Desde nuestro punto de vista, coherentemente con lo afirmado supra en relación con los delitos de

³⁵ No obstante, J. Boix Reig; E. Orts Berenguer, «Consideraciones político criminales sobre la reforma de los delitos contra la libertad sexual», *AP* 35, 1999, 671, 681, lo consideran un acierto. En Alemania, el proceso de despenalización no ha llegado tan lejos; al respecto, vid. §§ 183 y 183 a) *StGB*; sobre el mismo, resulta especialmente significativo el comentario de T. Leckner, *Schönke-Schröder...*, *op. cit.*, § 183, 4, mucho más próximo a lo aquí propugnado; también en el Derecho inglés, vid. R. Card, *Criminal Law*, 15 ed., 2001, 8.29, si bien no se contemplan las limitaciones aquí propugnadas.

³⁶ Resulta obvio que ésta no es una opinión ni mucho menos pacífica; en otra línea, E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira proponen que cuando el hecho obsceno no haya causado acreditadamente un efecto lesivo en el menor se debe descartar la intervención penal (*id.*, pp. 183-4-5).

³⁷ Vid. J.L. Díez Ripollés, «Las últimas reformas en el derecho penal sexual», *Estudios Penales y Criminológicos* XIV, 1991, p. 84; F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 966; E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 188; M.L. Cuerda Arnau, «Los delitos de exhibicionismo, provocación sexual y prostitución de menores», *Delitos contra la libertad sexual Cuadernos de Derecho Judicial* 1997, p. 222; C. Lamarca Pérez, *Manual de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 149.

agresiones y abusos sexuales, debe descartarse la exigencia de elementos subjetivos de lo injusto no expresamente contemplados en el texto, en la medida en que implica introducir elementos típicos por parte del intérprete que sustituye de esta manera las funciones del legislador³⁸. Los casos citados de nudismo en playas públicas o como manifestación de protesta, por ejemplo, deben contemplarse como supuestos de ejercicio legítimo de un derecho, en la medida en que transcurran dentro de los límites de lo permitido por quien desde el punto de vista del Derecho administrativo detenta competencias en la materia; debiéndose, asimismo, estimar excluido el dolo en la mayor parte de los supuestos residuales restantes.

5. Delitos relativos a la prostitución.

5.1. Cuestiones generales: el concepto de prostitución.

Probablemente estemos ante la parte más afectada por la reforma, sobre todo en lo que se refiere al artículo 189 del Código Penal. Con carácter previo al examen de las modificaciones quizá sea conveniente realizar algunas precisiones de alcance general³⁹.

Desde el punto de vista del fundamento político criminal de las figuras, nos sumamos a quienes vienen sosteniendo, ya de forma casi tópica, la necesidad de encontrarlo en consideraciones carentes de matices moralizantes. Por consiguiente, se deben basar en la tutela de bienes jurídicos. En el caso del artículo 187, el castigo de la prostitución de menores o incapaces tiene sentido en la medida en que se pone en riesgo la indemnidad sexual del menor, entendiendo por tal, el derecho del menor o incapaz a un normal desarrollo de su personalidad en el marco de la sexualidad⁴⁰. El artículo 188, por el contrario, se orienta a la tutela de la libertad sexual, como un ámbito particularmente sensible de su libertad, entendida en sentido amplio. En cuanto a esto último, debe tenerse en cuenta dos consideraciones diferentes. Por un lado, que la tutela de la libertad sexual de las víctimas de estos comportamientos quedaría sin estas figuras poco cubierta, en tanto en cuanto habitualmente no puede entrar en juego la inducción

³⁸ C. Carmona Salgado, *Compendio de Derecho penal. Parte especial*, Madrid, Barcelona, 2000, pp. 235-6, estimo que con razón, califica tal elemento subjetivo como de innecesario y ya abarcado por el dolo del agente.

³⁹ En cuanto a los diversos sistemas de regulación jurídico penal y la evolución histórica de nuestro sistema, vid. O. García Pérez, *Comentarios al Código Penal. Parte Especial*, (J.L. Díez Ripollés; L. Gracia Martín coords.), Valencia, 2004, arts. 187-188, 2 y ss.; Garrido Guzmán, *La prostitución estudio jurídico y criminológico*, 1992, pp. 56 y ss.; M.L. Maqueda Abreu, «Prostitución de las mujeres y control: una relación controvertida», *Análisis del Código Penal desde la perspectiva de género*, 1998, pp. 164 y ss.

⁴⁰ Desborda el marco posible de un trabajo de estas características abordar, si quiera mínimamente, la problemática del bien jurídico. Quizá lo único que se puede subrayar aquí es que resulta inevitable en este contexto la referencia a ciertas pautas que determinen qué se entiende por «normalidad» en la esfera de lo sexual, donde probablemente se deba acudir a los criterios dominantes en el contexto social, cultural y, en suma, temporal en el que acaecen los hechos; en cualquier caso, sobre estas cuestiones desde un punto de vista diferenciado vid. la imprescindible obra de J.L. Díez Ripollés, *El derecho penal ante el sexo*, 1981, especialmente pp. 202 y ss.; *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, 1981, sobre todo, pp. 131 y ss.; y, posteriormente, «El objeto de protección del nuevo derecho penal sexual», *Revista de Derecho penal y Criminología*, 6, julio, 2000, especialmente pp. 69 y ss., quien entiende que el bien jurídico protegido es exclusivamente la libertad sexual, con exclusión de otros; vid., asimismo, C. Carmona Salgado, *Los delitos de abusos deshonestos*, 1981, pp. 29 y ss.; J.J. González Rus, *La violación en el Código Penal español*, 1982, especialmente pp. 246 y ss.

a un delito de abusos sexuales o agresiones sexuales: con mucha frecuencia el hecho violento o intimidatorio, engañoso o abusivo, se ejerce sobre la víctima, no sobre el que lleva a cabo el comportamiento sexual, por lo que, en definitiva, se trataría de la inducción a un comportamiento no antijurídico y, en consecuencia, la instigación sería irrelevante para el Derecho penal o bien se encontraría deficientemente sancionada por medio de las figuras de delito generales, como las amenazas, las coacciones, etc⁴¹. En segundo lugar, que se debe descartar la posibilidad de una autoría mediata de esos mismos delitos, no sólo por concebirse los delitos sexuales con carácter general y mayoritariamente como delitos de propia mano, sino porque con frecuencia estructuralmente no concurrirán sus requisitos sin que en este momento proceda profundizar en el planteamiento⁴².

Elemento común a los artículos 187 y 188, es el concepto de prostitución, que también aparece en el artículo 189.5. Por tal hay que entender la prestación de servicios de carácter sexual a cambio de una contraprestación de carácter económico, evaluable en dinero⁴³, como por ejemplo, dinero, pero también droga, la obten-

⁴¹ Otra cosa es que pueda, en determinadas hipótesis, existir efectivamente esa inducción cuando además de la acción descrita en el tipo se determina a quien lleva a cabo el acto sexual a que lo lleve a cabo concretamente sobre la víctima, concurriendo los elementos de los delitos de abusos sexuales o agresiones sexuales; en este último caso, nos moveríamos en el contexto del concurso real de delitos sobre la base del artículo 188.4. Un supuesto diferente aparece cuando quien ejerce la violencia o la intimidación sobre la víctima lo hace para que ésta lleve a cabo un acto de prostitución, entendido como ejecución de carácter sexual a cambio de precio, precisamente con quien lleva a cabo el acto intimidatorio o violento. En tal caso, entendemos que no estaría presente un concurso ideal de delitos, con el correspondiente delito de agresiones sexuales, de forma que este último desplazaría al delito relativo a la prostitución, de los artículos 187 ó 188.

⁴² El supuesto que describe la STS 15-4-2002, donde el padre lleva a su hija de 19 años, que padecía retraso mental, a la vivienda de un tercero, donde éste mantenía la relación sexual por un precio que percibía el padre ilustra como quizá debería hacerse desaparecer las figuras relativas a la prostitución de mayores de edad (en el caso de los menores o incapaces permanece la justificación de que el dinero, o en general el incentivo económico, actúa como factor desestabilizante, que genera un mayor peligro para el bien jurídico protegido). Las vigentes figuras podrían ser reemplazadas por otras en las que el actual elemento de la prostitución fuera sustituido por otro que aludiera al contacto sexual, hubiese o no contraprestación económica. En definitiva, procede considerar si la punición debería ir asociada a la determinación de un tercero al contacto sexual, cuando el consentimiento de una de las partes de la relación se encontrase viciado. De esa manera, supuestos conflictivos como el que describe la STS 15-4-2002 dejarían de serlo, se soslayaría la actual discusión en torno a la exigencia o no de causalidad entre el factor económico y el acto sexual, la habitualidad, y, sobre todo, se despojaría a la regulación de las inevitables connotaciones morales que permanecen en la actual regulación sobre la materia, donde en el fondo subyace la idea de que la prostitución es un hecho merecedor de sanción jurídica. La propuesta tiene sentido, si se considera que el fundamento de la tipificación de las vigentes figuras de prostitución de adultos radica en la necesidad de cerrar el paso a potenciales lagunas de punición derivadas del carácter de delitos de propia mano. La alternativa pasa por considerar que en los delitos relativos a la prostitución se ve afectada directamente la dignidad de la persona, en la medida en que se cosifica a la víctima, se le priva de su carácter final, transformándola en un mero medio. Sin embargo, ese planteamiento no parece tener cabida en la sistemática actual del Código que regula la materia en el marco de los delitos contra la libertad sexual y no en los delitos contra la integridad moral. En sentido próximo al aquí defendido interpreto la propuesta de E. Sainz Cantero Caparrós, *Comentarios al Código Penal*, (M. Cobo del Roal -dir.-), T. VI, artículo 188, 1999, pp. 740-1, quien propone sustituir la idea de prostitución por la de explotación sexual.

⁴³ Desde el punto de vista etimológico viene prostitución del latín «prosto» que significa sobresalir, lo que representa de forma gráfica la actitud de la mujer ofreciéndose a la pública concupiscencia (Jiménez de Asúa, *El criminalista*, T. I, Buenos Aires, 1946, p. 51). En la jurisprudencia también se acogen definiciones análogas a la expuesta en el texto; así, por ejemplo la STS 2 Jul. 2003 -Ponente: Sr. Delgado García- se refiere a «La situación en que se encuentra una persona que, de una manera más o menos reiterada, por medio de su cuerpo, activa o pasivamente, da placer sexual a otro a cambio de una contraprestación de contenido económico, generalmente una cantidad de dinero. Quien permite o da acceso carnal, masturbación, felación, etc., a cambio de dinero, de forma

ción de un puesto de trabajo o una mejora en las condiciones de éste, o incluso comida.

El concepto técnico de prostitución ha generado amplias discusiones doctrinales y jurisprudenciales en diversos aspectos (actos de carácter sexual que la caracterizan, necesidad o no de causalidad entre la prestación económica y la contraprestación sexual, etc.⁴⁴), cuyo detalle no podemos abordar. Entre ellos, no obstante, destaca la cuestión de si la definición debe incluir o no el requisito de la habitualidad⁴⁵, es decir, requiere una cierta reiteración de actos⁴⁶. Desde nuestro punto de vista, no puede admitirse tal perspectiva.

Por una parte, no es un requisito que se desprenda de la Ley que en ningún momento recoge tal exigencia que plantea cuestiones irresolubles. Así, por ejemplo, cuántos actos de naturaleza sexual a cambio de precio deben ser realizados para que se colmen los requisitos de la habitualidad: ¿dos? ¿tres? ¿cuatro?. Determinar un número en concreto no deja de ser algo arbitrario, que plantea el problema de la determinación de cuándo se desborda el ámbito de la tentativa⁴⁷. Asimismo, tampoco queda claro el

más o menos repetida en el tiempo, decimos que ejerce la prostitución, cualquiera que sea la clase del acto de significación sexual que ofrece o tolera». La doctrina mayoritaria viene aceptando un concepto de prostitución amplio que abarcaría cualquier clase de prestación con contenido sexual, desde el acceso carnal a la realización de actos de exhibicionismo, pasando por el mantenimiento de conversaciones de contenido sexual a través de las líneas eróticas (O. García Pérez, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., 12; Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 207; Orts Berenguer, 1995, p. 289). Por el contrario algún autor se conforma con la existencia de contacto corporal (Vargas Cabrera, «Prostitución y corrupción de menores», *Estudios sobre violencia familiar y agresiones sexuales*, 2000, p. 321; excluye los actos de exhibicionismo J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, op. cit., p. 92; críticamente M. Cobo del Rosal; M. Quintanar Díez, *Comentarios al Código Penal*, T. VI, 1999, p. 712). Esta última opción puede resultar acertada si se tiene en cuenta que la Ley misma diferencia la prostitución de otras actividades como la intervención en espectáculos exhibicionistas o pornográficos. Lo contrario llevaría a sancionar con igual pena hechos de significación muy diferente para la indemnidad sexual del menor o incapaz, como inducir a un menor a que realice el acto sexual con un tercero a cambio de precio que determinarlo a intervenir en conversaciones eróticas por una remuneración en dinero. Para evitar la impunidad de actos como este último siempre se puede acudir a la figura del artículo 189.4, aun cuando el mismo no contemple el factor económico como desestabilizante de la decisión del menor, supuesto que presenta una mayor peligrosidad para el bien jurídico.

⁴⁴ Sobre tal cuestión, no abordada en este estudio, vid., por todos, R. García Albero, «Estudio detallado de los contenidos de la reforma de 1999. El nuevo delito de corrupción de menores», *Estudios de Derecho Judicial*, 1998, 65, n. 99; *Comentarios...*, op. cit., pp. 977-8, quien excluye la necesidad de tal relación causal.

⁴⁵ En este sentido, exigiendo habitualidad, vid., por muchas, SSTs 7-04-1999; 11-10-1998; 27-04-1994; 22-10-1991; 5-11-1991; 16-04-1980; 20-04-1978, etc. La ya citada STS 2 Jul. 2003 resulta más ambigua y afirma que el intercambio se tiene que producir «de forma más o menos reiterada». En la doctrina, requieren la habitualidad, C. Carmona Salgado, *Curso...*, op. cit., p. 347; F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, op. cit., p. 969; E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 208; O. García Pérez, *Comentarios...*, op. cit., 15; M. Cancio Meliá, *Comentarios...*, op. cit., p. 545, en relación con el delito descrito en el artículo 188; D. López Garrido; M. García Arán; *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador. Comentario al texto y al debate parlamentario*, Madrid, 1996, p. 102; A. Serrano Gómez, *Derecho penal. Parte especial*, 2004, p. 235. Se trata de un requisito que también aparece en la doctrina alemana; al respecto, vid., por todos, T. Lenckner, *Schönke-Schröder...*, op. cit., § 180 a), 5; H. Tröndle; T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, 49. Aufl., München, 1999, § 180 a), 3.

⁴⁶ En los proyectos de reforma cuando se definía la idea de prostitución también se prescindía de tal nota, incluyéndose una referencia a que era suficiente con que mediara «promesa», lo que suponía que no era necesario que se llegase efectivamente a cobrar los servicios sexuales para que viniese en consideración el concepto legal de prostitución.

⁴⁷ Por ello estamos de acuerdo con E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 220 que estiman que es necesario para la consumación del delito la existencia de, al menos, un acto de naturaleza sexual; sin embargo, precisamente por ello creemos que es suficiente con

espacio de tiempo que debe mediar entre unos y otros para que no se deshaga tal calificativo. Obviamente, no se trata de una cuestión conflictiva más que en casos límite, pero nada aporta a la seguridad jurídica incorporar ambiguos requisitos inexistentes conforme con el tenor literal de la Ley.

Por otra parte, la exigencia de habitualidad no parece razonable cara a la tutela del bien jurídico. Así, se debe distinguir los casos en los que el sujeto pasivo es un menor de edad o incapaz y aquellos otros en los que se trata de prostitución de mayores de edad. En cuanto a lo primero, aceptado que se tutela la indemnidad sexual, ésta incuestionablemente puede verse afectada por un solo acto de intercambio sexual por dinero⁴⁸. En cuanto a lo segundo, partimos de la idea de que se trata de tutelar la libertad sexual de la víctima, la actuación de su voluntad, como una esfera particularmente sensible de su libertad. La exigencia de la habitualidad determinaría excluir del perímetro típico del artículo 188 los supuestos en los que un sujeto, por ejemplo violentamente, determina a la víctima mayor de edad a llevar a cabo un acto de prostitución aislado⁴⁹.

Desde otro punto de vista, son múltiples los argumentos de carácter sistemático que se pueden aducir contra la exigencia del requisito de la habitualidad. Podemos citar, al menos, dos. En primer lugar, la distinción legal entre ejercer la prostitución y mantenerse en ella⁵⁰. En segundo lugar, el hecho de que hacer participar a un menor en un solo espectáculo pornográfico por precio merezca incuestionablemente la pena descrita en la Ley, en el artículo 189.1 a). Ciertamente en esos supuestos puede detectarse elementos que incrementan la necesidad o merecimiento de pena, pero no hasta el extremo de que un acto aislado de prostitución del menor sea impune y si ese mismo hecho acaece con las características del artículo 189.1 a), entonces la pena sea notablemente elevada⁵¹.

En definitiva, estimamos que la habitualidad es un factor que debe ser considerado para concretar la pena dentro del recorrido que en abstracto prevé la Ley, pero

ese acto para la existencia de prostitución en sentido técnico penal, sin que sea preciso la existencia de habitualidad.

⁴⁸ En este preciso sentido, en relación con los casos regulados en el artículo 187, vid. R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, pp. 172 y ss. Asimismo, los tratados internacionales que forman parte del Derecho español, no apoyan la perspectiva aquí criticada. Concretamente el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del niño (cuyo Instrumento de Ratificación es publicado en el BOE el 31 de enero de 2002) define la prostitución infantil como «la utilización de un niño en actividades sexuales a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución», sin referencia, pues, alguna a la necesidad de habitualidad.

⁴⁹ Vid. M. Cobo del Rosal; M. Quintanar Díez, *Comentarios...*, *op. cit.*, t. VI, pp. 703 y ss.; en sentido próximo, J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, *op. cit.*, p. 86; tampoco exige expresamente este requisito, por ejemplo, C. Lamarca Pérez, *Manual de Derecho penal*, *op. cit.*, p. 151.

También es posible en la jurisprudencia encontrar alguna resolución contraria a la nota de habitualidad; así, vid. STS 16-2-1998; más recientemente la STS de 17 de abril de 2000, rechaza tal nota en el caso de los menores.

⁵⁰ Así, M. Cobo del Rosal; M. Quintanar Díez, *Comentarios...*, *op. cit.* p. 705.

⁵¹ Alternativamente se podría sostener que también el artículo 189.1 a) requiere una pluralidad de actos. Esta última intelección no puede ser compartida. Si la acción sexual con menores o incapaces se graba, el hecho es punible; no sería coherente que si el hecho no se graba, entonces pudiese permanecer impune. Puede aceptarse la existencia de un plus de merecimiento o de necesidad de pena en el caso en el que el hecho es grabado, esencialmente por el potencial riesgo para la intimidad del menor que sea grabación entraña, pero no hasta el extremo de la impunidad de un hecho frente a la sanción de otro.

que por sí mismo resulta insuficiente para determinar la exclusión o aplicación del tipo⁵².

En la doctrina más reciente, GARCIA PEREZ para apoyar la necesidad de recurrir a la nota de habitualidad utiliza el argumento de que sólo de esta manera es posible diferenciar razonablemente las figuras relativas a la prostitución de los abusos sexuales en los que el precio aparece como un medio en el que se plasma el prevalimiento de una situación de superioridad. Concretamente afirma que «no se alcanza a vislumbrar por qué quien se aprovecha de su condición de docente para tener un contacto sexual con un menor realiza un abuso sexual, mientras que el adulto que se prevale del dinero con el mismo fin responde por penas mucho más graves»⁵³. En definitiva, se está planteando la relación del artículo 187 CP con los artículos 181 y ss. que regulan los abusos sexuales. Desde nuestra perspectiva, el planteamiento que debe realizarse es diferente del efectuado por este autor en su, por otra parte, muy sólido trabajo. Los abusos sexuales establecen una pena de prisión de uno a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. Si el abuso sexual consiste en el acceso carnal, por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de objetos o miembros corporales, entonces la pena de prisión oscilaría entre los cuatro y los diez años. Frente a ello, el artículo 187.1 prevé una pena de prisión de uno a cuatro años o multa de doce a veinticuatro meses, sin que se prevea agravación alguna en función de la modalidad de comportamiento sexual llevado a cabo. Desde nuestro punto de vista, el delito relativo a la prostitución descrito por el artículo 187.1 debería aplicarse a aquellos sujetos que como clientes llevan a cabo el comportamiento sexual con menores o incapaces, siempre y cuando el factor económico haya sido el único que lo haya determinado. Por el contrario, los abusos sexuales desplazarán al citado precepto cuando, además del factor económico, concurra algún otro, que implique el prevalimiento de superioridad, por ejemplo, el abuso de la condición de docente, probablemente sobre la base del principio de subsidiariedad⁵⁴. El problema que se plantea es que si se aprecia delito de abusos sexuales las penas pueden llegar a ser muy altas, sobre todo en el caso en el que el contacto sexual implique acceso carnal, introducción de objetos, etc.; esto último puede acaecer en los delitos relativos siendo, sin embargo, su sanción sería más reducida. No parece suficiente para justificar la diferencia de punición que en la intelección propuesta los abusos sexuales se aprecien cuando concurren más de un factor desestabilizador de la decisión de tener un contacto sexual del menor o incapaz. *De lege ferenda* deberían armonizarse penoló-

⁵² En la doctrina la nota de habitualidad para caracterizar a la prostitución es la que más debate suscita y la que con más frecuencia aparece en los diversos autores y resoluciones judiciales. No obstante, no se trata de la única. No podemos ser exhaustivos en la materia; así, por ejemplo, Carmona incluye la nota de la indiscriminación en los contactos de índole sexual, de este modo, cierra el paso a la calificación jurídico penal de quien sólo mantiene relaciones por precio con una sola persona; en línea próxima hablan de promiscuidad E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 208. También hay quien introduce la nota de indiferencia emocional (vid. T. Lenckner, *Schönke-Schröder Strafgesetzbuch Kommentar*, 25. Aufl., § 180 a), 5); la de profesionalidad; en cuanto a esto último, vid. R. García Albero, p. 174, donde proporciona referencias jurisprudenciales; en sentido próximo, O. García Pérez, *Comentarios...*, op. cit., 18; críticamente, en general, hacia todas estas tendencias vid. M. Cobo del Cosal; M. Quintanar Díez, *Comentarios...*, op. cit., pp. 705-6.

⁵³ O. García Pérez, *Comentarios...*, op. cit., 16.

⁵⁴ Para E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, op. cit., p. 223, se debe acudir al principio de alternatividad.

gicamente ambos supuestos. Una opción racional desde el punto de vista político criminal sería prever una pena superior en los casos de prostitución de menores en los que estuviesen presentes los elementos de acceso carnal, introducción de objetos o de miembros corporales. En cualquier caso, se trata de un defecto legal que no tiene solución con la legislación vigente. Por otra parte, la ausencia de coordinación de las penas entre el delito de abusos sexuales y los relativos a la prostitución de menores supone que incluso cuando esté ausente el acceso carnal o la introducción de objetos o miembros corporales no coincidan unas y otras. Efectivamente, como pone de manifiesto GARCIA PEREZ, no se alcanza a comprender por qué cuando, por ejemplo, un docente se aprovecha de su situación para obtener el contacto sexual la pena debe ser diferente de la que corresponde cuando el factor de prevalimiento no es esa posición, sino exclusivamente el dinero. No obstante, las diferencias, aunque deberían ser corregidas por el legislador, no autorizan a dejar impune la conducta del cliente que dolosamente tiene un contacto sexual esporádico con un menor a cambio de precio, en la medida en que desde los postulados de la Ley también en ese caso puede existir afección al bien jurídico protegido.

Prescindiendo de los descritos problemas generales, el ordenamiento penal contiene una serie de disposiciones relativas al fenómeno de la prostitución en el Capítulo V del Título VIII, artículos 187 y ss. del Código Penal. Distinguiremos tres bloques de comportamientos correspondientes a los artículos 187, caracterizado porque el sujeto pasivo es un menor de edad o incapaz, 188, cuyo sujeto pasivo es siempre mayor de edad, y 189 que, a su vez, contiene una multiplicidad de conductas delictivas de carácter heterogéneo.

5.2. La prostitución de menores de edad o incapaces.

El artículo 187.1 CP castiga a quien induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de una persona menor de edad o incapaz. Hay que diferenciar, pues, dos acciones. Por un lado, la inducción, concepto que requiere acudir a la teoría general acuñada en torno al artículo 28 A) CP; resumidamente, implica hacer surgir en un menor de edad o incapaz la decisión de ejercer la prostitución. Por otro, la promoción, favorecimiento, facilitación de la prostitución de otro, términos todos ellos equivalentes y para cuya intelección es preciso tener en cuenta el de cooperación en sentido técnico, esto es, los conceptos de cooperación necesaria y complicidad de los artículos 28 B) y 29, respectivamente; en definitiva, se debe incrementar las posibilidades de que la persona ejerza la prostitución. A la vista de la amplitud de la descripción legal, puede concluirse que se trata de una criticable concesión al concepto unitario de autor en la parte especial del Derecho penal. La consecuencia es la exclusión de las conductas de participación en el delito, y, en consecuencia, también al principio de accesoriedad, en la medida en que se deja sin juego a las normas de la codelincuencia diferentes de la autoría en sentido estricto⁵⁵ (otra cosa es que se trate de tipificar conductas que en

⁵⁵ Otro criterio en E. Orts Berenguer; C. Suárez-Mira Rodríguez, (id. pp. 211-2). Ciertamente el Convenio de Budapest sobre Cibercrimen, realizado en el marco del Consejo de Europa, de 23-XI-2001, en su artículo 11, hace referencia a esta cuestión; sin embargo, se remite a las legislaciones de cada país para la concreta regulación. En el

principio serían impunes por tratarse, en abstracto de supuestos de participación en una conducta impune, como es la prostitución ajena). En ambos casos parece necesario que exista una relación de causalidad, de manera que se produzca un vínculo entre la acción de inducir o la de promover, favorecer, facilitar la prostitución y el efectivo ejercicio de ésta. La prostitución del menor o incapaz se constituye en el resultado del delito: no hay favorecimiento o inducción punible a la prostitución si ésta no se ha producido efectivamente, salvo que se encuentren presentes los elementos de la tentativa. No obstante, el tenor literal del precepto podría abonar la tesis opuesta, como en ocasiones indica la jurisprudencia⁵⁶. La cuestión debería haberse dilucidado en el tenor literal del precepto⁵⁷.

La pena se agrava en dos supuestos: 1.- Cuando la conducta la realice un funcionario o autoridad o agente de ésta, prevaleciendo de su condición (187.2 CP vigente). 2.- Cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación incluso de carácter transitorio (187.3)⁵⁸.

5.3. La prostitución de personas mayores de edad.

El artículo 188 contiene dos comportamientos diferentes ubicados respectivamente en los apartados 1 y 2 del citado precepto⁵⁹.

En el apartado 1, se castiga a quien determine, empleando violencia, intimidación o engaño o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de

sentido del texto, pero en relación con el artículo 189.1b) CP, vid., asimismo, C. García Valdés, «Acerca del delito de pornografía infantil», *Estudios Penales en Recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Valencia, 2004, p. 418. En general, la doctrina se muestra crítica hacia tal decisión político criminal: M. Cobo del Rosal; M. Quintanar Díez, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 708.

⁵⁶ Así, vid., por ejemplo, SAP de Valencia de 14 de mayo de 1999, Audiencia, AP 12, 1999, @ 308, Fto. de derecho 10º, donde se estimó acreditado que sujeto activo que regentaba un local dedicado a la expendición de bebidas y a espectáculos homosexuales, había inducido reiteradamente a tener relaciones de esta naturaleza a un menor, quien no llegó a acceder a ello, pese a la remuneración ofrecida. Tal intelección transformaría un delito de resultado en uno de aptitud abstracta. Probablemente haya que exigir un resultado. Y ello acudiendo a una interpretación conjunta con el artículo 188.1 que parece exigir efectivamente el resultado, en cuanto habla de determinar a la víctima a ejercer la prostitución. No parece razonable que el empleo de medios más graves como son la violencia, la intimidación el engaño o el abuso de una situación de superioridad, etc. no sea susceptible de ser castigado como delito consumado en el marco de los delitos que aquí estudiamos y, sin embargo, sí lo sea la mera acción de inducir prevista en el artículo 187.1. Ciertamente, también hay que tener en cuenta que este último precepto se refiere a menores de edad, lo que podría justificar adelantar las barreras de punición. No obstante, tal dato parece quedar neutralizado por el mayor desvalor de acción del comportamiento previsto en el artículo 188.

⁵⁷ No entramos en la conflictiva problemática en torno a si el cliente que traba contacto sexual con el menor incapaz realiza o no una acción típica, no sólo por las limitaciones propias de un trabajo de estas características, sino en la medida en que el acuerdo del Pleno de la Sala de 12 de febrero de 1999 del Tribunal Supremo parece haber zanjado la cuestión. En la literatura científica, vid. detalladamente, por todos, J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, *op. cit.*, pp. 93 y ss., cuyo criterio en general compartimos.

⁵⁸ El Proyecto de Reforma añadía dos modificaciones: una agravante por ánimo de lucro; y un tipo atenuado cuando el sujeto pasivo fuese mayor de edad, lo que hasta ahora resultaba impune. Esta última previsión resultaba censurable, al irse mucho más allá incluso de lo previsto con anterioridad al Código Penal de 1995: no sólo se castigaba la denominada tercera locativa, sino cualquier tipo de acción que incrementase de forma objetivamente imputable las posibilidades de que otra persona ejerciese libremente la prostitución y ello aun cuando se llevase a cabo la acción sin ánimo de lucro.

⁵⁹ Con carácter general, vid. O. García Pérez, *Comentarios...*, *op. cit.*, 20 y ss., especialmente su análisis de los medios comisivos.

la víctima, a persona mayor de edad a ejercer la prostitución o a mantenerse en ella⁶⁰. En este caso, parece claro que el precepto requiere un resultado, esto es, que además de realizarse actos violentos, intimidatorios, etc., se consiga que una persona mayor de edad acabe ejerciendo la prostitución o se mantenga en ella⁶¹.

Por medio de la LO 11/2003 se introdujo el inciso final, conforme al cual se impone la misma pena a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. Parece que el legislador entiende que el dinero de la prostitución es un dinero sucio, contaminado, y por ello procede a sancionar a quien acceda al mismo. Se trata de una auténtica chapuza legislativa, sumamente criticable desde muy diversas perspectivas que no pueden abordarse aquí en su totalidad. Baste señalar que de la redacción de la norma no queda claro si se trata de la explotación de cualquier clase de prostitución, en cuyo caso no se explica por qué se ubica dentro del artículo 188 destinado a la prostitución de adultos en unas determinadas condiciones. Alternativamente, puede entenderse que se refiere exclusivamente a la explotación de la prostitución de adultos o, por último, sólo a la explotación de adultos que ejercen la prostitución en las condiciones del artículo 188, que es en el que se ubica el inciso. Por otra parte, resulta una tarea ardua determinar cuál es el bien jurídico protegido en una figura delictiva de estas características ya que apenas es posible imaginar cómo afecta a la libertad sexual que es proclamada como objeto de protección en la rúbrica del título, mucho más si se tiene en cuenta que se trata de una conducta que, salvo supuestos de diseño, acaecerá siempre con posterioridad al hecho sexual con trascendencia jurídica. Entendemos, pues, que el legislador ha configurado un censurable delito de peligro abstracto puro, donde ni siquiera es posible percibir la relevancia estadística de la conducta para el bien jurídico teórico-

⁶⁰ Críticamente, con razón, a la equiparación de los diversos medios comisivos, vid. F. Morales; R. García Albero, *Comentarios...*, op. cit., p. 979; C. Lamarca Pérez, *Manual...*, op. cit., p. 151; E. Sainz Cantero Caparrós, *Comentarios...*, op. cit., p. 743. Llama la atención que en el 187.1 no contemple el mantenerse en la prostitución de forma paralela a lo establecido en el artículo 188.1, lo que puede originar problemas interpretativos: ¿es impune tal acción?. La respuesta probablemente sea negativa a la vista de la amplitud del tenor literal de la norma citada que permite captar tales supuestos.

En el caso del engaño, Muñoz Conde, (*Derecho penal. Parte especial*, 1999, op. cit., p. 233), indica que si no se paga el precio convenido, los hechos no inciden en la descripción típica, aun cuando pudiesen ser constitutivos de un delito de estafa (vid., sin embargo, como en Alemania se ha sostenido que no existe estafa en la medida en que no hay desplazamiento patrimonial alguno, ya que la entrega carnal no puede ser considerada como acto de disposición de esa naturaleza; S. Gless, *die Reglamentierung von Prostitution in Deutschland*, 1999, p. 126). Ejemplo de la situación típica puede ser si se indica a la víctima que va a trabajar en la hostelería, para posteriormente, cuando la situación apenas admite vuelta atrás, se le indica la obligación de mantener relaciones sexuales, como parte del trabajo (ibid.).

Vid. STS 26-11-1999, en cuanto a la apreciación de complicidad y no cooperación necesaria en los camareros del establecimiento en el que tienen lugar los hechos, y donde su intervención consiste, además de en las tareas propias de su oficio, en la vigilancia de las extranjeras prostituidas.

En cuanto a la relación concursal del precepto con las agresiones sexuales, vid., por todos, O. García Pérez, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., 11, donde pone de manifiesto que mientras en las agresiones sexuales el sujeto pasivo ejecute una conducta sexual no libre, en esta figura de delito se trata de que ésta oriente el futuro desarrollo de su sexualidad en una concreta dirección. Asimismo, con carácter general, aunque en línea diferente de la aquí sostenida, F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, op. cit., pp. 978 y ss. vid. supra nuestra opinión sobre la regla del artículo 188.4.

⁶¹ Se trata de una opinión ampliamente difundida: E. Sainz Cantero Caparrós, *Comentarios...*, op. cit., p. 745; otro criterio, García Pérez, 27, para el que es suficiente con que la víctima haya adoptado la decisión.

mente protegido; más bien subyacen en aquél consideraciones de carácter moral o ético⁶².

De todo ello se deduce, la necesidad general de proceder a una interpretación restrictiva del tipo. Pese a que se carece de materiales jurisprudenciales que contribuyan a delimitar tal comportamiento, mientras que en la doctrina son escasas las contribuciones hasta la fecha desarrolladas, desde nuestro punto de vista, debe exigirse para la tipicidad del comportamiento de lucrarse con la explotación de la prostitución ajena que éste reúna tres notas. Estas se orientan a restringir el alcance del tipo, como consecuencia de la citada idea de que se trata de un delito de peligro abstracto puro, la elevada pena a él vinculada, los potenciales problemas de constitucionalidad que presenta la figura⁶³.

1.- En primer lugar, debe tratarse de un lucro directo, esto es, el de quien sin actividad intermedia obtiene una parte de los ingresos derivados del ejercicio de la prostitución ajena, porcentaje, fijo o variable, del que el beneficiado dispone de manera autónoma. Carecería de sentido, por ejemplo, sancionar al panadero al que se compra comestibles con el dinero obtenido por medio del ejercicio de la prostitución, de la cual, indirectamente, también se lucra. Procede, pues, una interpretación restrictiva que cierre el paso a una irracional extensión del ámbito típico. De lo expuesto se deduce, que el lucro indirecto se excluye del perímetro típico: carecería de relevancia penal la acción del propietario del local en el que se ejerce la prostitución, que obtiene beneficios indirectos por medio de la actividad de arrendamiento de habitaciones, expendición de bebidas alcohólicas, etc.⁶⁴.

2.- En segundo lugar, la exigencia de que el sujeto activo se lucre «explotando» la prostitución ajena sugiere la necesidad de que la acción trascienda el mero obtener una ventaja económica como consecuencia de la prostitución de otro. Ello parece indicar que resulta preciso, además del beneficio patrimonial, una actuación abusiva, lo que resulta corroborado desde el punto de vista sistemático, si se considera que el inciso se encuentra dentro del artículo 188.1 del Código Penal. En definitiva, para delimitar qué se debe entender por explotar la prostitución ajena debe procederse a conectar ambos incisos del artículo 188.1. De esta forma se puede concluir que tan sólo se apreciará lucro punible, obtenido explotando la prostitución de otra persona,

⁶² Ya se pronunciaba críticamente hacia esta clase de delitos, A. Torío López, «Los delitos de peligro hipotético», *ADPCP* 1981, pp. 825 y ss.

⁶³ Cuestiones que estudiaremos posteriormente.

⁶⁴ Estimo especialmente apreciable el argumento proporcionado por F. Morales Prats; R. García Albero (*Comentarios...*, op. cit., pp. 973-4) que recurren al Convenio de las Naciones Unidas para la represión de la trata de personas y explotación de la prostitución ajena ratificado por España el 18 de junio de 1962. El artículo 1.2 del mismo dispone como las partes se comprometen a sancionar a toda persona que «explotare la prostitución de otra persona», mientras que el artículo 2 del mismo establece también la obligación de sancionar a quien «1.- Mantuviere una casa de prostitución, la administrare o sabiendas la sostuviere o participare en su financiación. 2.- Diere o tomare a sabiendas en arrendamiento un edificio u otro local, o cualquier parte de los mismos para explotar la prostitución ajena». Se trata, pues, de una norma que parece sugerir que se trata de conceptos diversos.

Una interpretación apoyada desde un punto de vista político criminal parece conducir a análogas conclusiones a las expuestas en el texto. No parece conducir a nada la criminalización de cualquier forma de apoyo a la prostitución ajena, en la medida en que ello se traduce en peores condiciones de ejercicio de aquélla; se trata prácticamente de un tópico; vid., por ejemplo, en Alemania, S. Gless, *Die Reglementierung von Prostitution...*, op. cit., p. 137.

cuando hayan concurrido los elementos del primero, esto es, cuando el lucro proceda del ejercicio de, al menos, un acto de prostitución ejercido por la presencia de violencia, intimidación, engaño o abuso de superioridad, necesidad o vulnerabilidad de un adulto. Obviamente, el dolo del sujeto activo debe captar tal dato. En las hipótesis en que una misma persona lleve a cabo las dos conductas (violencia, intimidación, etc. y obtención del lucro), una desplaza a la otra. Aun cuando puede tratarse de dos hechos espacio-temporalmente diferenciados, se debe entender que no rigen las reglas del concurso real, ya que el lucro es un hecho posterior impune, íntimamente vinculado al anterior, en la medida en que forma parte de la dinámica comisiva, sin que razones de injusto justifiquen la doble sanción⁶⁵. Ciertamente, la intelección propuesta deja el nuevo inciso tan sólo para supuestos residuales, en la medida en que en la mayor parte de los casos imaginables quien se lucra explotando la prostitución ajena previamente ya ha determinado al sujeto pasivo al ejercicio de la prostitución en las condiciones del artículo 188.1, esto es, violenta o intimidatoriamente o abusando de sus circunstancias de necesidad o vulnerabilidad (por ejemplo, el marido que impulsa violentamente a su mujer al ejercicio de la prostitución y vive de ello)⁶⁶. No obstante, no sólo resulta sumamente complejo obtener una intelección alternativa, sino que siempre cabe diseñar supuestos a los que se les puede aplicar el modelo propuesto. Por una parte, puede considerarse que el inciso que analizamos opera como cláusula de cierre del sistema, de forma que se trataría de una forma de solución de problemas de prueba cuando se pueda acreditar el beneficio económico derivado del ejercicio de la prostitución en las condiciones que señala el artículo 188.1, pero no la intervención determinando el ejercicio de la prostitución en esas condiciones. En segundo lugar, debe propugnarse la relevancia penal de la acción del socio de una agencia dedicada a esta clase de negocio que no ha intervenido en los hechos violentos, intimidatorios o abusivos, pero al que, como tal socio se le remunera, haciéndole partícipe de los beneficios. Asimismo, se puede citar la conducta de quien por sí mismo no determina a la prostitución ajena, pero consciente de la situación de necesidad, violencia o intimidación que la ha determinado proporciona trabajo a la persona prostituida a cambio de un porcentaje de los beneficios (v.g. cuando el marido ha impulsado violentamente a su mujer al ejercicio de la prostitución)⁶⁷. Por fin, se encuentran los casos en los que, por ejemplo, el marido reiteradamente obtiene sus ingresos de la prostitución de su mujer, cuando aquélla haya sido

⁶⁵ La interpretación propuesta, además, se ve apoyada por razones penológicas, si se considera la elevada pena vinculada al lucro, equiparado punitivamente al hecho de determinar a otra persona, por ejemplo violentamente, a ejercer la prostitución, lo que justifica una intelección restrictiva. Sobre este último aspecto volveremos infra.

⁶⁶ Asimismo, la intelección propuesta, probablemente, pueda afirmarse que deja la aplicación del nuevo inciso a algunos supuestos que, probablemente, ya se encontraban captados por la regulación sin necesidad de nuevos añadidos como el que analizamos. Así, por ejemplo, quien organiza una red para la explotación de personas en esta situación, sin aplicar por sí mismo los medios violentos, ya podía ser sancionado bien como autor mediano, bien como inductor del delito del artículo 188.1, todo ello en función de la teoría que sobre tales fenómenos se sustente.

⁶⁷ Vid. una interesante interpretación alternativa en F. Morales Prats; R. García Alberó, *Comentarios...*, op. cit., pp. 974-5 para quienes existe explotación cuando se establecen relaciones de dependencia o de subordinación entre la persona prostituida y el proxeneta, intelección que, entiendo, teóricamente llega a conclusiones menos estrictas que las aquí propuestas en la medida en que no se limita a los supuestos en los que concurren los elementos típicos del artículo 188.1, si bien en la práctica no diferirá en las conclusiones en exceso.

ejercida en las condiciones del artículo 188.1. El legislador, pues, con los matices que se quiera, ha recuperado la vieja figura del rufianismo⁶⁸.

La intelección propuesta no resulta completamente satisfactoria. No es razonable que sólo quien se lucra con la prostitución de adultos, aunque concurren las notas de violencia, intimidación, engaño, etc., deba ser sancionado, mientras que si se dan idénticos factores, pero la persona prostituida es menor de edad, entonces, la conducta permanece impune. Para solucionar parcialmente la distorsión se ha propuesto aplicar el artículo 188.3, que no ha sido modificado, a estos últimos supuestos. Conforme al citado precepto «si las mencionadas conductas se realizaran sobre persona menor de edad o incapaz...»⁶⁹. De la citada propuesta pueden hacerse dos reflexiones. Por una parte, que el artículo 188.3 tan sólo procedería ser considerado frente a quien actuase violenta, intimidatoria, engañosamente, o abusando de la situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad del menor o incapaz. En consecuencia, no se captaría a quien se limita a beneficiarse económicamente de esa situación, supuesto, subsumible casi siempre en el artículo 187.1⁷⁰. Por otra, el citado artículo 188.3 se refiere a los casos en los que «las mencionadas conductas se realizan sobre persona menor de edad o incapaz, *para iniciarla o mantenerla en la situación de prostitución*». Es dudoso que quien se limita a lucrarse simultáneamente inicie o mantenga al menor de edad o incapaz en la situación de prostitución.

3.- En tercer y último lugar, no debe ser suficiente con un lucro episódico o aislado, sino que se precisa habitualidad o reiteración de la conducta⁷¹. Lo contrario supondría extender incomprensiblemente el ámbito del tipo y criminalizar actos carentes por completo de trascendencia: por ejemplo, aceptar una invitación a comer de la prostituta; el hecho de que el hijo perciba una propina, o una ayuda económica, etc.

La figura descrita, pues, merece una clara censura. A lo expuesto se le puede sumar, como mínimo, dos críticas ulteriores, una centrada en la posible incompatibilidad con la Constitución y una segunda, basada en consideraciones de carácter penológico.

En cuanto a la potencial inconstitucionalidad del tipo, puede fundamentarse, al me-

⁶⁸ Esta última conducta era punible bajo la vieja figura de rufianismo descrita en el artículo 452 bis c) del Código Penal de 1973.

⁶⁹ Vid. O. García Pérez, *Comentarios...*, op. cit., 30 y ss.

⁷⁰ Sostiene O. García Pérez que los que explotan la prostitución de una persona la mantienen en ella (id. 30, n. 79). Probablemente no se pueda afirmar eso en toda hipótesis imaginable: por ejemplo, el padre al que la hija menor de edad prostituida le traslada parte de los ingresos obtenidos, limitándose el padre a una actitud meramente pasiva de recepción del dinero. Ciertamente en tales supuestos se deben solucionar la cuestión de si cabe decir que el padre que no realiza acción positiva alguna «explota» a la hija. En definitiva, se trata de determinar si cabe la comisión por omisión. En este punto, se debe solucionar no sólo la compatibilidad entre la estructura del precepto y la forma omisiva de comisión, sino si se puede afirmar la posición de garantía del padre en el ejemplo propuesto. El análisis de tal situación nos llevaría demasiado lejos, pero debe recordarse que no es suficiente para aceptar tal situación de garantía con que el sujeto detente sin más la condición de padre, siempre y cuando se sustente alguna las hoy ya mayoritarias tesis materiales y se rechacen las meramente formales, en la configuración de esa posición de garante.

⁷¹ En este sentido vid. O. García Pérez, *Comentarios...*, op. cit., 36, donde propone el ejemplo de quien se limita a aceptar la gratificación que una mujer da a un sujeto que le ha puesto en contacto con un cliente que le paga muy bien.

nos, desde dos perspectivas. Por una parte, en cuanto se corre el riesgo de un deslizamiento en un Derecho penal del autor y no del acto⁷². En segundo lugar, por una posible doble vulneración del principio de igualdad. Tanto el común de los mortales, como las personas que ejercen la prostitución sin violencia, intimidación, etc. pueden disponer de su patrimonio como estimen pertinente sin injerencias de los poderes públicos. Sólo falta que, además de la desgracia que padecen quienes se ven obligados a ejercer la prostitución en tales condiciones, vean restringido su derecho a disponer de su patrimonio a su antojo⁷³. El hecho de que el dinero proceda de su condición de víctima de un delito no justifica en absoluto tal limitación; probablemente, incluso, se pueda decir que incrementa su desdicha.

Desde un punto de vista penológico, se puede afirmar que en ningún caso deberían haberse equiparado punitivamente el determinar a otra persona, por ejemplo violentamente, a ejercer la prostitución y el hecho de lucrarse con la prostitución ajena, pese a que esto último se haga conociendo el hecho violento, intimidatorio o abusivo. Aun cuando no existe regla que permita calcular con exactitud la pena que debería imponerse a cada uno de los hechos descritos, puede considerarse que, en primer lugar, desde el punto de vista del desvalor de resultado, determinar a una persona al ejercicio de la prostitución por los medios que la Ley cita implica intervenir causalmente en un hecho, la prostitución, que la Ley valora negativamente. El lucro explotando la prostitución de otro ni siquiera requiere esa intervención causal, en la medida en que puede acaecer con posterioridad al hecho sexual. Estaríamos, pues, en presencia de un delito de simple actividad. Asimismo, desde el punto de vista del desvalor de acción, el hecho intimidatorio, violento abusivo que caracteriza al inciso primero, merece siempre un especial reproche, reiterado a lo largo de todo el articulado del código, que no concurre en la acción que contiene el inciso segundo del artículo 188.1.

5.4. La pornografía de menores o incapaces.

El artículo 189 contiene una multiplicidad de comportamientos punibles, cuyo elemento en común es el sujeto pasivo, siempre un menor o incapaz. La reforma operada por medio de la LO 15/2003 establece con carácter general una pena más severa, que pasa de prisión de uno a tres años a prisión de uno a cuatro años, incrementándose, pues, el máximo, a lo que hay que añadir, la introducción de circunstancias especiales agravantes que implican un notable salto en la potencial pena a imponer. Por último, la citada reforma ha introducido dos nuevas figuras de delito: la posesión de pornografía infantil y la producción y tráfico de pornografía infantil virtual.

⁷² Vid., asimismo, en línea crítica F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, op. cit., 2004, p. 248, donde afirma que se ha reintroducido el delito de proxenetismo incompatible con el Derecho penal del acto.

⁷³ Suscribimos, pues, la opinión manifestada por E. Gimbernat Ordeig conforme a la cual subyace a la introducción del precepto la idea de que la prostitución es una actividad degradante para la mujer a la que convierte en un mero objeto de satisfacción sexual y, por consiguiente, debe castigarse penalmente a quien coopera con ella, sin considerar que la mujer puede disponer de sus ganancias como le plazca y que es una perversión del Derecho penal pretender imponer principios morales, sean los que sean, incluidos los propios de la ideología feminista E. Gimbernat Ordeig, «Los nuevos gestores de la moral colectiva», op. cit., p. 5.

5.4.1. Utilización de menores o incapaces en espectáculos o con fines pornográficos o exhibicionistas.

El artículo 189.1 a) permanece esencialmente inalterado tras la reforma. La citada norma puede estructurarse en tres grupos de comportamientos prohibidos:

a) A quien utilice a un menor de edad o a un incapaz con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados. Al respecto, no parece suficiente con que el menor desarrolle tareas auxiliares en el espectáculo, v.g. sirviendo bebidas a los espectadores, sino que es preciso que intervenga activamente en el propio espectáculo, que sea parte de él y su intervención tenga un contenido sexual⁷⁴. Al hablarse de «espectáculo», parece que se exige la necesidad de contacto visual entre el que despliega la acción con contenido sexual y el espectador o espectadores⁷⁵. De esa manera, en principio, se cerraría el paso a la sanción penal de los supuestos en los que es un menor o incapaz quien atiende una línea telefónica erótica, salvo que se quiera forzar la letra de la Ley. No obstante, dado que es suficiente con utilizar al menor con fines pornográficos, también el caso descrito sería punible.

b) A quien utilice a un menor de edad o a un incapaz para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, lo que incluye cintas magnetofónicas, películas de vídeo o cualquier otro formato; el mero empleo del menor o incapaz como modelo fotográfico o, incluso, pictórico, etc.⁷⁶.

c) A quien financie cualquiera de dichas actividades. Al respecto se puede plantear

⁷⁴ J. Boix Reig; E. Orts Berenguer, «Consideraciones político criminales...», *op. cit.* 683, se refieren a la epistódica aparición en el material, o como auxiliares de producción. En las hipótesis en las que el menor o incapaz aparezca como mero espectador, pero componiendo la escena, sin que su intervención, en sí misma considerada posea contenido sexual, habrá que concluir que la calificación jurídico penal se desplaza al delito del artículo 185 (en sentido opuesto, si embargo, vid. F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 982). Acertadamente destaca Boldova Pasamar que la fotografía o filmación del desnudo del menor o incapaz, aunque por sí mismo no constituye un acto exhibicionista o pornográfico, puede incidir en la descripción legal, si es tomada con esa finalidad (por ejemplo, para su posterior contemplación (M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, *op. cit.*, 18). De hecho el Protocolo Facultativo de la Convención de Derechos del niño (cuyo Instrumento de Ratificación es publicado en el BOE el 31 de enero de 2002), define la pornografía infantil como «toda representación por cualquier medio de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales».

Desde otro punto de vista puede en abstracto presentarse un concurso aparente de leyes penales entre este precepto y el artículo 185 del Código Penal que se refiere a quien ejecutare o «hiciera ejecutar a otro» actos de exhibición obscena. En abstracto, nada se opondría a situar en este último precepto los supuestos en los que el sujeto instrumentalizado lo fuese un menor de edad o un incapaz. No obstante, sin que la cuestión requiera de un análisis más detenido, parece claro que el artículo 185 es desplazado por el artículo 189.1 a), en virtud del principio de especialidad.

⁷⁵ Como ponen de manifiesto F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 981, el añadido «públicos como privados» cierra el paso a la exigencia de publicidad de la acción típica. En la doctrina se discrepa en torno a si se encuentra incluido en el tipo el hecho de hacer que un menor o un incapaz se exhiban ante una sola persona, en el sentido del texto, favorable a la tipicidad del caso se muestran E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 246; M.L. Cuerda Arnau, «Los delitos de exhibicionismo...», *op. cit.*, p. 234; en otro sentido J.C. Carbonell Mateu, p. 92; J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, *op. cit.*, p. 120.

⁷⁶ En la reforma acaecida por medio de la LO 15/2003 de 25 de noviembre se añade un inciso, «cualquiera que sea su soporte» en referencia al material pornográfico en cuya elaboración hayan intervenido menores o incapaces que, aun cuando no genera efectos distorsionadores, debe estimarse superflua, pues a idénticas conclusiones se podría llegar en todo caso, en la medida en que la Ley ya se refiere previamente a «cualquier clase de material pornográfico» (en sentido análogo, vid. F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 981).

la duda de si es suficiente con proporcionar medios económicamente valiables para que tengan lugar tales hechos (quien presta la cámara con la que se graban las imágenes, cede el local en el que tiene lugar, etc.) o si, por el contrario, el tipo se refiere tan sólo a la aportación dineraria. Estimamos que nada apoya una interpretación extensiva del tipo, por lo que debería entenderse que tan sólo la contribución directamente crematística integra las exigencias típicas, lo que no es óbice para que en los supuestos descritos se pueda aplicar las reglas de la participación en el delito y, singularmente, las de la complicidad, necesaria o no. En la doctrina, asimismo, se ha discutido si quien asiste pagando a esta clase de espectáculos financia el mismo en el sentido del tipo⁷⁷. Desde nuestro punto de vista, literalmente no existe problema para entender captados estos supuestos, en la medida en que se está aportando una cantidad de dinero que permite sustentar esa clase de actividad. Asimismo, desde un punto de vista teleológico, lo que carecería de sentido sería que la Ley sancionase la mera tenencia de material pornográfico de estas características y, sin embargo, dejase impune la asistencia al espectáculo mismo. Ciertamente se producen efectos poco meditados por parte del legislador. Así, la equiparación punitiva del mero espectador y el explotador⁷⁸, o el diferente castigo a quien asiste a un espectáculo y a quien posee material de estas características. Tales defectos merecen una consideración en una potencial reforma legislativa, pero no autorizan a excluir la sanción de lo que inequívocamente es captado por la Ley. Siendo la cuestión discutible, deberá afirmarse que quien asiste por precio a un espectáculo de estas características, coopera a la verificación del tipo del delito descrito en el artículo 189.1 a), y, por consiguiente, es, como mínimo, cómplice, pues, no se puede negar que incrementa *ex ante* el riesgo de que la conducta principal tenga lugar⁷⁹. La discusión puede ser intrascendente si se tiene en cuenta la redacción del 189.1 b) donde se sanciona con la misma pena la facilitación de la producción que la producción, exhibición, etc.

Aceptada la definición de prostitución como intercambio de servicios sexuales a cambio de una contraprestación evaluable en dinero, pueden plantearse problemas de delimitación entre las conductas descritas en el artículo 187 y las contenidas en el artículo 189.1 a), utilización de menores o incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y elaboración de material de esa índole. Tal problema puede surgir en la medida en que el menor o incapaz obtenga una contraprestación en términos económicos por su intervención en el espectáculo o en la elaboración del

⁷⁷ A favor de la tipicidad, vid. F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, *op. cit.*, p. 231, quien diferencia, entiendo que con razón, entre asistencia gratuita y pagada, incluyendo tan sólo los segundos; en contra, no obstante, vid., J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, *op. cit.*, p. 130; E. Orts Berenguer; C. Suárez Mira, *Los delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 249; M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, *op. cit.*, 23.

⁷⁸ Id. M.A. Boldova Pasamar, quien se refiere a que el Proyecto inicial de 1999 tipificaba ambas conductas, de donde deduce que actualmente tan sólo se ha tipificado la posesión no la asistencia. Aun cuando el argumento es atendible, no puede ser que un Proyecto de Ley ya fenecido condicione decisivamente el alcance del tipo; piénsese que, por ejemplo, cabe la posibilidad de que se eliminase esa referencia del Proyecto por entenderla superflua. La cuestión, en todo caso, es ciertamente discutible.

⁷⁹ Vid., no obstante, otro criterio en C. Carmona Salgado, *Compendio...*, *op. cit.*, p. 250, en relación con el artículo 189.1 b).

material pornográfico, ya que estarían presentes todos los elementos señalados que integran el concepto de prostitución. Entendemos que prostitución de menores o incapaces e intervención en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o elaboración de material de esa índole son conceptos jurídicos que se comportan como círculos secantes y que, en consecuencia, poseen una zona común y una zona plenamente diferenciada⁸⁰. La situación de conflicto se puede presentar en la zona común, cuando media contraprestación económica, sobre todo si se tiene en cuenta la diferente punición articulada por el legislador en uno y otro caso (diferencias que son esencialmente tres: el mínimo de la pena de prisión en el delito del artículo 187 es superior; la posibilidad de aplicar pena de multa en relación con los supuestos acogidos en el artículo 187; y la imposibilidad de utilizar las circunstancias agravantes especiales del artículo 189, en el caso de la prostitución de menores)⁸¹. En tales términos debe concluirse que estamos ante un concurso aparente de normas, donde por aplicación del principio de especialidad los delitos descritos en el artículo 189 desplazan a los del artículo 187. Tal solución tiene la ventaja, además, de que permite la aplicación de las circunstancias agravantes especiales previstas en el artículo 189, ventaja que surge no por un afán punitivo en la materia, sino en la medida en que permite matizar y ajustar la pena en supuestos que objetivamente se encuentran necesitados o merecen una censura penal superior⁸².

Por otra parte, la doctrina ha destacado que no debe descartarse de antemano, pese a la coincidencia de bienes jurídicos, el posible concurso de delitos con las agresiones o los abusos sexuales, presentes los requisitos típicos de estos delitos (por ejemplo, cuando se graba videográficamente una violación)⁸³. Quizá el matiz que cabe introducir es la consideración de que para la existencia del citado concurso deben coincidir los sujetos activos de uno y otro comportamiento, es decir, el sujeto activo de las potenciales agresiones o abusos sexuales y el del delito del artículo 189.1. a). El mencionado concurso de delitos se explica si se tiene en cuenta que los bienes jurídicos protegidos por unas y otras figuras delictivas no son exactamente coincidentes. En el artículo 189.1.a) del Código Penal no sólo tutela la indemnidad sexual del menor, o incapaz, sino también su derecho a la intimidad, o, si se quiere, su derecho a la propia imagen,

⁸⁰ En Alemania, en otro sentido, vid. H. Tröndle; T. Fischer, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, op. cit., § 180 a), 3.

⁸¹ Por otra parte, abona la no exigencia de habitualidad en el concepto de prostitución el hecho de que hacer participar a un menor en un solo espectáculo pornográfico por precio merezca incuestionablemente la pena descrita en la Ley, en el artículo 189.1 a) y, sin embargo, si el hecho no se graba, entonces pueda permanecer impune. Puede aceptarse la existencia de un plus de merecimiento o de necesidad de pena en el caso en el que el hecho es grabado (plus, por cierto, no acogido en la Ley que sanciona de manera demasiado próxima los comportamientos de los artículos 187 y 189.1), pero no hasta el extremo de la impunidad de un hecho frente a la sanción de otro.

⁸² Vid., no obstante, un criterio de diferenciación, no exactamente coincidente con el propuesto en el texto, en O. García Pérez, 19. Entiendo que en sentido próximo al texto se manifiesta la STS de 16 de febrero de 1998, donde estimó que no se vulneraba el principio acusatorio en un supuesto en el que el Ministerio Fiscal acusó por un delito relativo a la prostitución menores en sentido estricto y la Audiencia condenó por un delito de utilización de menores en espectáculos o con fines pornográficos.

⁸³ Así, por ejemplo, J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, op. cit., pp. 130, 131.

como faceta del derecho a la intimidad frente al control visual no consentido⁸⁴. Alternativamente, cabría construir un concurso de delitos entre los abusos sexuales y las agresiones sexuales y los delitos de los artículos 197.1 ó 197.3 en relación con el artículo 197.5 y, en su caso, 197.6. Quizá esta última construcción tenga más sentido para impedir privilegiar esta clase de supuestos de captación no consentida de la imagen del menor de forma atentatoria contra su derecho a la intimidad⁸⁵.

5.4.2. Producción, intermediación, venta, exhibición y posesión de material pornográfico de menores o incapaces.

Tampoco se detecta cambios sustanciales en el artículo 189.1 b), el cual describe dos conductas típicas, procedentes de la reforma del Código Penal de 1999.

a) Artículo 189.1 b) inciso primero: la producción, venta, distribución, exhibición de material pornográfico en cuya elaboración hayan participado menores o incapaces. Se entiende que la participación del menor o incapaz debe ceñirse a actividades inequívocamente con contenido sexual, no en labores de carácter secundario, conexas, por ejemplo, con la producción fílmica, como podrían ser el proporcionar bebidas a los actores. A tales comportamientos típicos se añade posteriormente la facilitación de la producción, venta, difusión o exhibición de material pornográfico. Esta última referencia resulta superflua porque para eso están las normas de la complicidad⁸⁶; sin embargo, su expresa consideración produce dos efectos: eliminar el sometimiento al principio de accesoriedad de tal conducta y asegurar que se le impondrá la pena del autor⁸⁷. En cualquier caso, no se entiende el porqué de esta nueva concesión al concepto unitario de autor en este marco concreto, cuando la decisión político criminal general es la de optar por un concepto restrictivo. Asimismo, la referencia a la producción de material pornográfico en el que intervengan menores es dudoso que aporte algo nuevo a la elaboración o a la financiación de material pornográfico prevista en la letra a) del artículo 189⁸⁸.

⁸⁴ Vid., con carácter general, F. Morales Prats, *Comentarios...*, 1996, p. 939.

⁸⁵ Con carácter general, vid. J.L. Díez Ripollés, «Trata de seres humanos y explotación sexual de menores. Exigencias de la Unión y legislación española», *Revista Penal* 2, 1998, p. 19; J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, op. cit., pp. 131-5; M.L. Cuerda Arnau, «Los delitos de exhibicionismo...», op. cit., p. 243. Vid. F. Morales Prats; R. García Alberó, *Comentarios...*, op. cit., p. 988, donde propugnan probablemente con razón, la utilización de los artículos 197 y ss. en las hipótesis en los que la captación de imágenes que antecede al tráfico o difusión de imágenes se haya verificado de forma subrepticia, esto es, sin que el menor o incapaz haya advertido tal circunstancia.

⁸⁶ Salvo que se otorgue algún tipo de relevancia al hecho de que la Ley inicialmente describa la acción consistente en la producción, venta, *distribución*, exhibición del material pornográfico para posteriormente referirse a quien facilite la producción, venta, *difusión*, exhibición, esto es, sustituyendo la inicial expresión distribución por la de distribución. En cuanto a la articulación de la responsabilidad en el caso de que el cauce de difusión sea internet, vid. nuestro trabajo *Responsabilidad penal y civil por delitos cometidos a través de internet*, en prensa, especialmente 10.2.

⁸⁷ Acepta la posibilidad de complicidad, M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, op. cit., 29. En cualquier caso, la jurisprudencia viene exigiendo que «sea cual sea el significado erótico o sexual que se deduzca de las fotografías, su obtención es penalmente irrelevante si no se dirige a satisfacer los deseos libidinosos del autor de las mismas o está preordenada a la exhibición a otros» (STS 24-10-2000).

⁸⁸ Subraya, probablemente con razón, la necesidad de individualizar a los menores o incapaces que intervienen en la elaboración del material pornográfico, de forma que habrá tantos delitos como menores o incapaces Boldova

b) Artículo 189.1 b) inciso último: posesión de material pornográfico donde interviene menores o incapaces para la realización de cualquiera de las conductas anteriores. Interpretativamente debe entenderse que se refiere a la mera posesión de material pornográfico, normalmente fotografías, vídeos, cintas magnetofónicas, archivos informáticos, tanto en diskette como en el disco duro de un ordenador, donde intervienen menores o incapaces, con la intención, esto es, con el elemento subjetivo de lo injusto, de proceder a su venta, distribución, exhibición, v.g. a través de internet o por medio de los canales habituales de distribución de este tipo de material⁸⁹. En consecuencia, no se incluye el material necesario para la elaboración de pornografía como puede ser cintas vírgenes, vídeos sin contenido, ordenadores, etc. para la elaboración de, por ejemplo, films pornográficos, por mucha intención que se tenga de destinar tales medios a producciones en las que intervengan menores o incapaces. Resulta superfluo el inciso conforme al cual es indiferente para la punición de la conducta que el material tenga su origen en el extranjero o fuese desconocido⁹⁰.

5.4.3. Circunstancias especiales agravantes.

En todos los casos descritos en el artículo 189.1, tanto en su apartado a), como en su apartado b), la pena se agrava en cinco hipótesis diversas (artículo 189.3, letras a)-f)), en cuyo comentario tan sólo nos podemos detener someramente. Con carácter general se puede señalar, por una parte, que su apreciación implica una notable agravación de la pena a imponer y, por otra, que no se entiende que algunas de las circunstancias operen exclusivamente en relación con el artículo 189.1, relativo a la pornografía de menores o incapaces, y no se haya considerado su aplicación a los supuestos descritos en el artículo 187, cuando se trata de prostitución de los mismos sujetos pasivos, si se considera que los hechos con contenido sexual pueden ser idénticos. Así, no resulta aceptable que la prostitución de un menor de trece años no merezca una sanción agravada, frente a los supuestos en los que no concurre tal circunstancia. Lo mismo se puede decir, de la circunstancia descrita en el apartado b) del artículo 189.3 «Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio». Otra cosa es que, insistimos, la utilización de menores o incapaces en espectáculos exhibicionistas o pornográficos o su utilización para elaborar material de esa índole, siempre por precio, merezca o necesite un reproche penal superior al de la prostitución en la que no se procede a grabar o a exhibir el hecho sexual, y ello en la medida en que, en este último

Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, *op. cit.*, 32, sobre la base de que el bien jurídico protegido es la libertad sexual de cada uno de ellos y no la moral sexual colectiva; en sentido próximo E. Orts Berenguer; C. Suárez Míra, *Los delitos contra la libertad...*, *op. cit.*, p. 224.

⁸⁹ Vid. J. Boix Reig; E. Orts Berenguer, «Consideraciones político criminales...», *op. cit.*, 683, ponen de relieve las dificultades que puede haber para la delimitación de la edad de los menores, sobre todo si el material procede de países remotos. Asimismo, F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, *op. cit.*, p. 230, se refiere a las dificultades de prueba del elemento subjetivo de b) injusto, lo cual no siempre será tan difícil, si se tiene en cuenta circunstancias como la cantidad aprehendida, la posesión de diversidad de productos, el lugar en el que se guardan, etc. Se trata de una cuestión que cursa de forma análoga a la posesión de sustancias estupefacientes o psicotrópicos. En todo caso, como resulta obvio, el principio *in dubio pro reo* determinará en tales hipótesis la exclusión de la punición del hecho.

⁹⁰ Así, F. Morales Prats; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 990.

caso, cuanto menos potencialmente, podría afectarse a la intimidad del menor o incapaz.

1.- Cuando se utilicen a niños menores de trece años. Debe subrayarse que la apreciación de esta circunstancia agravante especial requiere que el dolo del sujeto activo la abarque; por consiguiente, no procede su consideración, sobre la base del artículo 14.2 del Código Penal, en los casos en los que se yerre sobre la edad del menor, por ejemplo, por su prematuro desarrollo físico⁹¹.

2.- Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio. Se trata de una circunstancia que cursa de forma paralela a la descrita en el artículo 180.1.1ª, en relación con las agresiones sexuales. Aun cuando quizá pueda justificarse la introducción de esta circunstancia, para sancionar más gravemente hechos que el hombre medio considera especialmente graves, la misma puede generar cierta problemática social. En efecto, los medios de comunicación en ocasiones se hacen eco de que determinadas resoluciones judiciales no estiman particularmente degradante una agresión sexual, donde no concurren singulares elementos que justifiquen la aplicación de la circunstancia agravante. Los medios de comunicación no suelen entender que aun cuando toda agresión sexual es degradante para su víctima, cabe la posibilidad de que algunas lo sean en un grado valorativamente superior, sin que, precisamente por tratarse de un concepto normativo, se pueda precisar, matematizar cuándo se produce ese salto cualitativo; lo que desde el punto de vista de una racional intelección de la Ley no cabe es el vaciado de contenido del tipo básico⁹². En cualquier caso, el salto punitivo que su apreciación implica es tan grande que el legislador debería haber precisado más, descartando elementos puramente valorativos.

3.- Cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico. Nuevamente, el carácter indeterminado de la cláusula impide matematizar cuándo procede su apreciación⁹³.

4.- Cuando el material pornográfico represente a niños o a incapaces que son víctimas de violencia física o sexual. La circunstancia probablemente sea la peor diseñada de todas. Plantea, al menos, dos problemas.

Por un lado, el del alcance de la expresión «niños». Cabe entender tal expresión, al menos de dos maneras. En primer lugar, como equivalente a menor de trece años, en consonancia con la letra a) de este mismo artículo 189.3. En segundo lugar, atendiendo al concreto desarrollo del menor, de forma que se aplicará siempre que físicamente el menor no haya traspasado el umbral de la adolescencia, con independencia de la concreta edad que posea. Parece evidente que resulta criticable que el legislador no haya procedido a concretar tal concepto, sobre todo si se considera que cuando ha

⁹¹ Otro criterio M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, *op. cit.*, 34 que estima que la circunstancia opera objetivamente.

⁹² F. Morales Prats; R. García Alberó, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 993 señalan que carece de fundamento en la medida en que los componentes del mismo son inherentes al tipo básico.

⁹³ Sugiere la aplicación de las cuantías que el Tribunal Supremo viene estimando en relación con agravantes análogas, por ejemplo en los delitos de hurto, robo y apropiación indebida, M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, *op. cit.*, 33. Críticamente hacia la nueva circunstancia, vid. F. Morales Prats; R. García Alberó, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 992, tanto por su indeterminación como por su desconexión del bien jurídico protegido.

querido precisar la edad a la que se refiere, así lo ha hecho⁹⁴. Pese a ello, no satisface la segunda de las opciones sugeridas, por cuanto arrojaría una enorme inseguridad jurídica. Por ello mismo, nos mostramos partidarios de entender la expresión «niños», como equivalente a menor de trece años.

Dejando al margen ese primer problema, se presenta la necesidad de concretar cuándo se puede afirmar la existencia de «violencia sexual». Para ello debe considerarse tanto que, desde el punto de vista legal, es algo diferente de «violencia física»⁹⁵, como que estamos hablando de material pornográfico en el que intervienen menores con actos con contenido sexual, de forma que una interpretación demasiado amplia dejaría sin contenido al tipo básico. Partiendo de esas premisas, probablemente se deba considerar violencia sexual con menores los hechos que más gravemente atentan contra su indemnidad sexual, esto es, aquellos que, concurriendo el resto de requisitos típicos, constituirían un delito de violación: acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal o introducción de miembros corporales u objetos por cualquiera de las dos primeras vías, a los que habría que sumar, probablemente las hipótesis de zoofilia⁹⁶.

5.- Si el «culpable» perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedique a la realización de tales actividades⁹⁷.

6.- Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o incapaz.

⁹⁴ Debe tenerse en cuenta que en los tratados internacionales habitualmente se utiliza la expresión «niño» como equivalente a menor de edad. Así, el artículo 9.3 del Convenio de Budapest sobre Cibercrimen, realizado en el marco del Consejo de Europa, de 23-XI-2001 que define el concepto de «menor» como cualquier persona que no alcance los dieciocho años. Asimismo, la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño define al menor como menor de dieciocho años. Sin embargo, aquí no puede aceptarse esa equivalencia porque se apreciaría siempre el tipo agravado cuando estuviesen presentes menores de edad, que es lo que requiere el tipo básico que se queda sin contenido, salvo en lo que respecta a la referencia a los incapaces. En la doctrina española se ha propugnado ya la delimitación internacional de tal concepto que no puede coincidir con el de menor de edad: J.L. Díez Ripollés, «Trata de seres humanos y explotación sexual...», *op. cit.*, pp. 17 y ss.; J.L. de la Cuesta Arzamendi, «Las nuevas corrientes internacionales en materia de persecución de delitos sexuales a la luz de los documentos de los organismos internacionales y europeos», *Delitos contra la libertad sexual, Estudios de Derecho Judicial*, 21, Madrid, 1999, p. 372, donde indica que en Europa se tiende a fijar el límite en la edad de quince años.

⁹⁵ Por consiguiente no debería equipararse a los supuestos en los que la violencia está ligada a la satisfacción del instinto sexual, como ocurre con el sadismo; en este último sentido, vid., no obstante, M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, *op. cit.*, 34, que recoge lo que probablemente fue la intención del legislador; vid., asimismo, F. Morales; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 993, donde afirman que se captan las cintas de la denominada serie SNAF. Ambos supuestos suponen la presencia inequívoca de violencia física y, por consiguiente, inciden en lo previsto en la circunstancia especial agravante.

⁹⁶ Lo expresado pone de manifiesto como el concepto jurídico de pornografía también puede variar en función de los sujetos que intervienen en el hecho sexual representado. Así, mientras que la mera exhibición del cuerpo humano de una persona adulta desprovista de ropa en pose erótica difícilmente se considera como tal, el criterio varía cuando el representado es un menor.

Una alternativa a la perspectiva sostenida en el texto pasaría por considerar su aplicación en los casos en los que el hecho sexual cometido con el menor transcurre fuera de los cauces que mayoritariamente se entienden como «naturales», intelección que restringiría la protección del bien jurídico, al tiempo que aumentaría el ámbito de aplicación del supuesto no agravado.

⁹⁷ Nuevamente quizá se pueda acudir para la concreción de la circunstancia agravante a los criterios desarrollados en otros contextos del Código Penal; así la redacción coincide literalmente con la del artículo 369.6, circunstancia agravante especial dentro de los delitos contra la salud pública.

5.4.4. *La posesión de material pornográfico de menores o incapaces.*

La reforma del Código Penal operada por medio de la LO 15/2003 de 25 de noviembre ha tipificado en el artículo 189.2 la mera tenencia de material pornográfico de estas características, esto es, en el que intervienen menores, lo que incluye aquél destinado al consumo privado. Se ha creado, pues, un delito de peligro abstracto puro, con el que se sigue el modelo de determinados países como pueden ser los ordenamientos penales de algunos estados norteamericanos⁹⁸. Se trata, en definitiva, de actuar sobre la demanda de pornografía de estas características para influir en la oferta. La diferencia con la posesión a descrita en el artículo 189.1. b), radica en la presencia o ausencia de un particular elemento subjetivo de lo injusto la intención, de proceder a su venta, distribución, exhibición, v.g. a través de internet o por medio de los canales habituales de distribución de este tipo de material⁹⁹, lo que puede originar serios problemas de prueba¹⁰⁰. Estos, en su caso, se deben solventar sobre la base del principio *in dubio pro reo* en favor del tipo privilegiado. Quizá sea superfluo indicar que el material pornográfico poseído tiene que ser real, no virtual. En este último caso, la acción sería impune, salvo que se incidiera en el artículo 189.7.

Las especiales circunstancias agravantes que prevé el artículo 189.3 no se aplican en este caso, por lo que la pena no variará, independientemente de las características del material pornográfico poseído.

5.4.5. *Pornografía infantil virtual.*

Por último, el artículo 189.7 describe una última figura de delito, creada por medio de la reforma operada a través de la LO 15/2003 de 25 de noviembre, en virtud de la cual se sanciona con pena de prisión y multa a quien produjere, vendiere distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces se emplee su voz o imagen alterada o modificada, lo que la Exposición de Motivos de la Ley denomina «pornografía infantil virtual».

Se trata de supuestos en los que el menor no aparece en la elaboración del material pornográfico original, pero se emplea su imagen o voz para manipularla e insertarla en aquél. De esa manera, se obtiene un resultado que presenta proximidad con la pornografía en la que sí han intervenido menores. De lo expuesto se deduce que en el delito prima el derecho a la propia imagen del menor frente a su indemnidad sexual. En

⁹⁸ En todo caso responde al Convenio de Budapest sobre Ciberdelitos de 23-XI-2001, cuyos artículos 9.1 d) y e) se refieren a tales conductas que las partes se comprometen a reprimir por medio de sanciones penales, siempre que se realicen dolosamente. En la doctrina española a favor de penalizar esta clase de comportamientos se ha mostrado E. Gimbernat Ordeig en su Prólogo a la 5ª ed. del Código Penal de la editorial Tecnos, pp. 24-25, cuya opinión suscribimos; en iguales términos vid. C. García Valdés, «Acerca del delito de pornografía infantil», *op. cit.*, pp. 419-20. Críticamente, vid. F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, *op. cit.*, 2004, p. 245.

⁹⁹ Vid. J. Boix Reig; E. Orts Berenguer, «Consideraciones político criminales...», *op. cit.*, 683, ponen de relieve las dificultades que puede haber cara a la delimitación de la edad de los menores, sobre todo si el material procede de países remotos. Asimismo, F. Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, 1999, *op. cit.*, p. 230, se refiere a las dificultades de prueba del elemento subjetivo de lo injusto, lo cual no siempre será tan difícil, si se tiene en cuenta circunstancias como la cantidad aprehendida, etc.

¹⁰⁰ Con carácter general, vid. J.M. Tamarit Sumalla, *La protección penal del menor...*, *op. cit.*, p. 128.

consecuencia, es irrelevante que el material obtenido sea o no de forma perceptible el resultado artificial de una manipulación informática sobre imágenes iniciales.

No se capta toda hipótesis de la denominada «pornografía técnica». Quedan excluidos del perímetro típico los supuestos denominados de pseudo pornografía infantil, en la que no se utilizan a menores o incapaces, ni siquiera indirectamente en la elaboración del material, sino que se recurre a artificios informáticos o de otra índole (maquillaje, disfraz de adultos) para obtener el resultado¹⁰¹. Asimismo, quedan también fuera del tipo los supuestos en los que las imágenes manipuladas sean las de una persona mayor de edad. En tal caso, cabe tan sólo la posibilidad de acudir a los delitos contra la intimidad y el derecho a la propia imagen, concretamente al artículo 197.2 en relación con el apartado 3 del mismo artículo, siempre y cuando se den las circunstancias descritas, esto es, que la imagen obtenida y posteriormente manipulada proceda de una base de datos reservados protegidos por el derecho a la intimidad, como puede ser un ordenador privado¹⁰². Por el contrario, permanecería impune el hecho si la imagen modificada procede de un lugar accesible a todo el mundo, lo cual no es complicado en el caso de los personajes públicos.

Debe considerarse que puede llegar a ser complejo determinar si las imágenes son auténticas o si, por el contrario, se han obtenido mediante manipulación; en tales hipótesis, en caso de duda, al tener el precepto que examinamos un carácter privilegiado desde el punto de vista de la pena a él vinculada, debe optarse por su aplicación, frente a los tipos diseñados para captar la producción, venta, exhibición o distribución de material pornográfico en el que intervienen menores.

Con carácter general, la expresa consideración de la conducta, siguiendo la estela de los tratados internacionales, merece ser valorada positivamente, a salvo de la ubicación sistemática de la figura, más próxima a los delitos que tutelan el derecho a la intimidad o a la propia imagen.

¹⁰¹ M.A. Boldova Pasamar, *Comentarios...*, art. 189, *op. cit.*, 20, 22 y 71, donde se destaca que tampoco se tipifican los casos en los que aparecen mayores de edad aparentando ser menores; vid., asimismo, F. Morales; R. García Albero, *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 992, donde, con razón, valoran positivamente tal decisión que evita la tutela, en este contexto, de una moral sexual determinada; A. Calderón; J.A. Choclán, *Código Penal comentado*, *op. cit.*, p. 435.

¹⁰² Sobre esta cuestión, alguna referencia puede verse en Díaz Maroto, «Los delitos contra la intimidad, la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio», *La Ley*, 1996, núm. 4069, p. 2.